J. germ. 10^x - 1

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36622116350016

<36622116350016

Bayer. Staatsbibliothek

S

[illegible]
7. 169. [illegible]
[illegible]

4 ff. 35, 70 ff. 88 ff, 96 ff. 108 ff.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Die Lehre

von den

Erbverträgen.

Von

Georg Beseler.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

R

Erster Theil.

Die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1835.

89. D.

Die

Vergabungen von Todes wegen

nach dem älteren deutschen Rechte.

Von

Georg Beseler.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1835.

J. germ. 10 I/1

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

32 5

Dem Herrn Hofrath

F. C. Dahlmann,

Ritter des Guelphenordens, Professor
in Göttingen.

Schon manches Jahr ist entschwunden, seitdem ich in der Heimath zu Ihren Füßen saß, und die ernste Lehre der Geschichte aus Ihrem Munde vernahm; aber stets blieb ich mit unwandelbarer Verehrung Ihnen zugethan. Später durfte ich näher zu Ihnen herantreten; Sie würdigten mich Ihres vertrauten Umganges, und boten mir vollen Ersatz für Vieles, was ich verloren hatte. So haben Sie mich für immer an sich gefesselt. In dieser Gesinnung und zum Zeichen meiner Dankbarkeit für alles Gute und Liebe, welches Sie mir während meines Aufenthalts in Göttingen erzeigt haben, widme ich Ihnen dieses Buch, nach der frommen Sitte der Alten ein Gastgeschenk zurücklassend zur freundlichen Erinnerung.

Vorrede.

Diese Schrift ist zunächst aus dem Bedürfniß der eigenen Belehrung, welches ich empfand, hervorgegangen. Durch die Behandlung der Erbverträge in der jetzigen Doctrin nicht befriedigt, wandte ich bei dem Studium unserer Rechtsquellen meine Aufmerksamkeit vorzugsweise auf die Stellen, welche mir mit jener Lehre in Verbindung zu stehen schienen. Bald kam ich dahin, für das ältere Recht die s. g. acquisitiven Erbverträge ganz aufzugeben; erst nach und nach trat ein anderes Institut sie ersetzend hervor: das Resultat dieser Untersuchungen macht den Gegenstand des vorliegenden Buches aus. Es wird sich daran, so Gott will, in Jahresfrist, ein zweiter Theil anschließen, in welchem die Erbverzichte, die Grundsätze des römischen Rechts über die Erbverträge und die Entwicklung dieser Lehre in den Statuten und der Doctrin abgehandelt werden sollen. Bei der Darstellung des jetzt geltenden Rechts mag dann auch die legislative Seite des Instituts zur Beachtung kommen.

Ich habe es versucht, bei dieser Arbeit „aus ganzem Holze zu schneiden", und bin mich der redlichen Forschung bewußt. Wenn ich darum auch an einigen Stellen den Ansichten der bewährtesten Kenner des deutschen Rechts, eines Eichhorn, Albrecht u. s. w. unbefangen entgegen getreten bin; so bedarf dieses, so hoffe ich zuversichtlich, bei ihnen keiner Entschuldigung, — vielleicht stimmt es auch sie günstig für das Buch.

Die von mir benutzten Quellen sind so angegeben worden, daß jedes Citat seine Nachweisung bei sich hat. Ich weiß aber aus eigener Erfahrung, wie angenehm und nützlich es für den aufmerksamen Leser ist, wenn die Beweisstellen sogleich mit abgedruckt sind; und wo sie daher nur von einiger Wichtigkeit waren, ist es hier so geschehen. Bei den Urkunden mußte ich mich freilich regelmäßig auf Auszüge beschränken: es sind dann die betreffenden Stellen herausgehoben, wo möglich so, daß der Zusammenhang klar wurde; die ausgelassenen Worte sind durch einen oder mehre Striche (— —), die Lücken in den Quellen selbst durch Punkte (. . .) bezeichnet worden. Der Abdruck ist genau nach den von mir benutzten Exemplaren geschehen, mit der Ausnahme, daß in den lateinischen Quellen die großen Anfangsbuchstaben nicht immer beibehalten sind, und daß ich auf Jacob Grimm's Rath stets vor Vocalen j und v gesetzt habe, vor Consonanten aber i und u; auch wurde das unorganische y getilgt. — Wenn keine Abwei-

chungen bemerkt sind, so habe ich die Volksrechte und Formeln nach Walter's Ausgabe citirt, jedoch das salische Gesetz insbesondere nach der von Laspeyres besorgten; die Capitularien nach Baluz, das sächsische Landrecht nach Homeyer's Ausgabe, das schwäbische nach dem von der lahrschen Text in dem zweiten Theile des senckenbergischen corp. jur. germ., in dessen erstem Theil das kleine Kaiserrecht steht; bei den Lehnrechtsbüchern ist Senckenberg's corp. jur. feud. benutzt worden. — Das kulmer Recht habe ich der Ausgabe in Folio entnommen, welche auf der letzten Seite folgende Nachweisung hat: „Diß Cölmisch Recht ist aus einem Alten Buch, welchs im Jhar Christi 1394. geschrieben ist, gedruckt zu Thorun im 1584. Jare, durch Melchior Nerig." Natürlich ist es zu dem magdeburger Schöffenrechte gestellt worden: das verlangt schon der Inhalt; aber folgende Stelle aus der kulmer Handfeste von 1233. (bei J. M. Schottky, Vorzeit und Gegenwart I. p. 201.), welche auch von der Wichtigkeit dieser Rechtsquelle Zeugniß ablegt, macht jeden weiteren Beweis überflüssig:

Statuimus autem in eisdem civitatibus jura megdeburgensia in omnibus sententiis in perpetuum observari. Hoc indulto ut cum reus aliquis Megdeburch in LX a. solidis puniri debeat, hic in XXX a. solidis culmensis monete mulctetur. eodem modo in culpis aliis proporcionaliter observato. Si vero aliquis dubietatis scrupulis de jure

judiciario vel de juris judiciarii sententiis civitatibus emerserit, in eisdem idem articulus a culmensis civitatis consulibus requiratur. quia eandem civitatem capitalem esse volumus ac digniorem inter alias jam constructas et si que adhuc infra wizlam. ozzam. et driwantzam construentur. — Der von mir citirte vermehrte Sachsenspiegel ist das von Böhme in den diplomatischen Beiträgen (IV. p. 1 — 104. V. p. 1 — 62.) unter dem Titel: schlesisches Landrecht herausgegebene Rechtsbuch.

Die Urkundensammlungen sind genau angeführt, und zwar, wenn ein Band fortlaufende Nummern enthielt, nach diesen; sonst nach der Seitenzahl. Bei weitem die größten Dienste hat mir die historia frisingensis geleistet, welche der Benedictinermönch C. Meichelbeck in den Jahren 1724. und 1729. in zwei Foliobänden herausgegeben hat. Schon der Text dieser Geschichte des Bisthums Freisingen ist reich an eingerückten Diplomen, die mit dem Jahre 745. beginnen; aber noch wichtiger ist das jedem Theil angehängte Urkundenbuch (pars instrumentaria), wovon das erste, bis 1222. gehend, allein gegen 1400 Nummern enthält. Diese Urkunden, zum Theil freilich nachlässig abgedruckt, sind so ausführlich, gehen meistens so genau in die Zustände und Rechtsverhältnisse des früheren Mittelalters ein, daß sie in vielen Fällen eine unschätzbare Quelle von Belehrungen abgeben.

Denn es kann nicht verhehlt werden, daß für den Zeitraum, welcher zwischen den Capitularien und dem Sachsenspiegel liegt, die Urkunden fast die einzigen Quellen des Privatrechts sind, so daß Forschungen, welche sich über die Verhältnisse der bezeichneten Periode erstrecken, meistens in der schwierigen Lage sich befinden, aus vereinzelten, nicht immer vollständig beglaubigten Nachrichten ein Ganzes zusammenstellen zu müssen. Diese Schwierigkeit berechtigt aber nicht dazu, wie es wohl geschehen ist, eine Periode von fast vier Jahrhunderten, worin ein rüstiges Volk vorwärts strebend sich bewegte, zu ignoriren, und nur die beiden Endpunkte unbefangen zu verknüpfen. — Dafür kann freilich keine feste Regel aufgestellt werden, welche Urkunde, ihre Beglaubigung vorausgesetzt, ein vollgültiges Zeugniß ablege über eine allgemeinere Richtung; welche umgekehrt nur Vereinzeltes oder Particulaires enthalte: im allgemeinen läßt sich hier nur massenweise mit Sicherheit combiniren, so daß die Arbeit des Einzelnen, wie umfassend sie auch ist, hauptsächlich dazu dienen wird, daß sie einen Haltpunkt bietet, woran sein Nachfolger sich lehne. Aber die genauere Kenntniß, die wir uns von dem Rechte der Perioden verschaffen können, welche der bezeichneten vorhergingen und nachfolgten, dient doch wesentlich dazu, den Gegenstand der Untersuchungen, welche sich auf jene richten, fest zu stellen, und sie selbst zu controlliren. Denn wenn sie

auch namentlich zur Erklärung der sie umschließenden Zeiten beitragen, so ist doch umgekehrt die Verschiedenheit, welche sich in diesen herausstellt, eine sichere Gewähr, daß der Uebergang in der Mitte gesucht werden muß. — Von diesem Standpunkte aus bitte ich den Theil dieses Buches zu beurtheilen, welcher das Recht des neunten bis dreizehnten Jahrhunderts umfaßt, obgleich es auch in anderer Beziehung freundlicher Nachsicht bedarf.

Schließlich ist es mir eine angenehme Pflicht, meinem vielgeliebten Lehrer, dem Hofrath Jacob Grimm in Göttingen, den herzlichsten Dank zu sagen für die gütige Unterstützung, welche er mir bei dieser Arbeit hat zukommen lassen.

Göttingen im December 1834.

Inhalt.

Einleitung.

§. 1. Feststellung des Gegenstandes. . . S. 1.
§. 2. Ausscheidung der Einkindschaft, der Uebertragung des Vermögens gegen lebenslänglichen Unterhalt und der Abänderung in der Erbfolge durch Erbverzichte. . . . . . . — 7.
§. 3. Erklärung von hereditas (Erbe), heres (Erbe), hereditare (erben), exheredare, exheredem facere (enterben). . . . . . . — 13.

Erster Abschnitt.

Die Vergabungen von Todes wegen durch die feierliche Auflassung an den Bedachten.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Erörterungen.

§. 4. Von der feierlichen Auflassung. . . — 19.
Verhältniß der Auflassung zur Bestitur (Einweisung) S. 20. — Gerichtliche Vollziehung der Auflassung S. 38. — Verhältniß der Auflassung zur Schrift S. 44.
§. 5. Von dem Recht der nächsten Erben bei der Veräußerung von Grundstücken. . . — 48.
Altes Recht S. 49. — Uebergang zum späteren Rechte S. 63.
§. 6. Von den Wirkungen der Vergabungen von Todes wegen, insbesondere von dem Gesammteigenthum. . . . . . . — 69.
Nutz und Gewer bei dem Tradenten S. 71. — Von dem Gesammteigenthum im allgemeinen S. 73. — bei den Vergabungen von Todes wegen S. 88.

Zweites Kapitel.

Durchführung im Einzelnen.

§. 7. Von der Affatomie des alten fränkischen Rechts. . . . . — 96.
Bestimmungen der Lex salica S. 96. — der Lex Ripuariorum S. 103.

§. 8. Von dem Thinx des longobardischen Rechts. S. 108.
Bedeutung von Thinx S. 109. — Form S. 112. — Wirkung S. 116. — Vergabung zu frommen Zwecken S. 123. — Fortbildung des longobardischen Rechts S. 125.

§. 9. Von der Vergabung einzelner Grundstücke. — 132.
Sächsisches Landrecht S. 132. — Schwäbisches Landrecht S. 137. — Form und Wirkungen des Geschäftes im allgemeinen S. 144.

§. 10. Von der Vergabung eines ganzen Vermögens. A. Aelteres Recht. . . . — 152.
Vergabung der fahrenden Habe S. 152. — Beschaffenheit des Vermögens bei diesem Geschäfte S. 161. — Wirkungen: Nutz und Gewer S. 175. — Gesammteigenthum S. 179.

§. 11. Von der Vergabung eines ganzen Vermögens. (Fortsetzung). B. Entwicklung im späteren Rechte. . . . . . — 184.
Ausdehnung des Geschäftes auf den künftigen Erwerb S. 184. — Vorbehalt der freien Verfügung durch den Tradenten S. 188.

§. 12. Von den Vergabungen des Ehemanns an die Frau. . . . . — 197.
Die Dos des alten Rechts S. 197. Witthum durch Leibzucht im späteren Rechte S. 211. — Von der Morgengabe S. 217.

§. 13. Von den Erbverbrüderungen. . . — 222.
Historische Einleitung S. 222. — Leitendes Princip in dieser Lehre S. 225.

Zweiter Abschnitt.

Die Vergabungen von Todes wegen durch die einseitige Willenserklärung des Disponenten und die Auflassung an einen Salmann.

§. 14. Von der Stellung der Testamente zu den deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen — 242.

§. 15. Von den Vergabungen durch Salmannen. A. Von den Salmannen im allgemeinen. . — 261.
Werbürgen und Salbürgen S. 261. — Salmannen S. 263.

§. 16. Von den Vergabungen durch Salmannen. (Fortsetzung.) B. Von den Salmannen als Vermittlern der Vergabungen von Todes wegen — 277.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Einleitung.

§. 1. Feststellung des Gegenstandes.

Es ist ein Grundsatz des deutschen Rechts, welcher in demselben, so lange es sich eines selbstständigen Daseyns erfreute, mit großer Consequenz durchgeführt worden ist, daß ein jeder nur diejenigen Verhältnisse ordnen und bestimmen könne, über welche ihm das Leben die unmittelbare Herrschaft gegeben hat; eine Fortführung derselben über den Tod hinaus durch Verfügungen, welche erst mit diesem ihre rechtliche Bedeutung erhielten, widerstrebte dem Wesen des deutschen Rechts und war nicht gestattet. Daher stellte sich eine jede Anordnung, welcher die Absicht unterliegt, über das Vermögen als Nachlaß gedacht, Etwas festzustellen, als rechtlich unmöglich dar; denn der Zeitpunkt, mit welchem das Daseyn einer solchen Gütermasse beginnt, und die Verfügung darüber in Wirksamkeit treten soll, ist der Tod des Disponenten, welcher eben die Sphäre seiner rechtlichen Thätigkeit schloß. Ja sie konnte schon früher aufhören; in Folge einer Denkungsart, welche dem Wesen eines noch rohen, thatkräftigen Volkes entspricht, war ein gewisser Grad physischer Kraft erforderlich, um für den Herrn seiner Befugnisse und seines Willens zu gelten; so daß, wer seines Leibes

und seiner Glieder nicht mehr mächtig war, gleichsam für bürgerlich todt gehalten wurde [1]).

Jene Beschränkung der Dispositionsfreiheit hat dem deutschen Erbrecht seine eigenthümliche Grenze gesetzt: der einzige Grund der Erbfolge war die Sippe. Es fehlte die Kunde von solchen Geschäften, welche eine Succession von Todes wegen begründen, mögen sie nun auf den ganzen Nachlaß und die Repräsentation des Erblassers gerichtet seyn, welche übrigens im Sinne des gemeinen Rechts dem deutschen überhaupt fremd war; oder nur die Zuwendung einzelner Sachen zum Gegenstande haben. Diese Eigenthümlichkeit ist auch dem scharfen Blick des Tacitus nicht entgangen; er sagt ausdrücklich, daß die Germanen keine Testamente hatten [2]), indem er entweder hiermit im Allgemeinen die einseitigen letztwilligen Verfügungen des römischen Rechts bezeichnen wollte, oder seine Nachforschungen nur auf dieses hervorragende Institut gerichtet hatte. Auf jeden Fall liefert die Geschichte des deutschen Rechts einen vollständigen Commentar zu diesem berühmten Ausspruch. — Jenes Princip schloß aber nicht nur die letzten Willensordnungen im Sinne des römischen Rechts aus, sondern auch die s. g. acquisitiven Erbverträge. Denn auch diese gehen auf die Succession in den Nachlaß, und die Hinzuziehung eines Dritten, zu dessen Besten die Zuwendung gemacht werden sollte, konnte die ursprüngliche Stellung des Disponenten in dieser Bezie-

1) Daher das Verbot der Vergabungen auf dem Todbette, und die Bestimmung der Volksrechte, daß nur gegen den noch rüstigen Herzog sein Sohn sich empören könne. S. L. Alam. tit. 35, 1. L. Bajuv. tit. 2. c. 10, 1.

2) Tacit. Germ. c. 20. — Heredes tamen successoresque cuique liberi et nullum testamentum. —

hung so wenig verändern, als es überhaupt für dieselbe von keinem Einfluß seyn konnte, ob die Verfügung dem einseitigen Widerruf unterworfen war oder nicht. — Daher sind auch die Versuche der späteren Doctrin, im alten Recht eine Erbfolge aus dem Vertrage nachzuweisen, nicht gelungen, und es war ein Irrthum, wenn man für eine Zeit, wo das Institut noch gar nicht existirte, den Grund desselben in der deutschen Treue suchte. Aber auch Hasse vergriff sich in dem Gegenstand seiner Polemik, weil er, das ursprüngliche Mißverständniß übersehend, eben nur gegen jenen Grund im Allgemeinen ankämpfte, und so eine Ansicht verspottete, die an sich betrachtet richtig ist, und zu den schönsten Erinnerungen gehört, welche die Deutschen ihren Vorfahren verdanken [3]).

Auf diese Weise fehlte dem deutschen Recht eine ganze Reihe von Geschäften, welche bei andern Nationen den Uebergang des Vermögens auf solche Personen vermittelten, die dem Erblasser nicht eben verwandt zu seyn brauchten. Dieß scheint ein Mangel zu seyn. Denn wenn auch die Beerbung der Sippe regelmäßig den natürlichen Verhältnissen allein angemessen ist, und eine etwa beabsichtigte Freigebigkeit durch die sogleich beschaffte Erfüllung unbeschadet des oben genannten Princips realisirt werden konnte; so läßt sich doch, auch abgesehen von dem Fall, wo jemand der Letzte seines Stammes ist, einerseits recht gut die Möglichkeit denken, daß der Wunsch gerechtfertigt erschien, einen

3) Was Hasse in der Zeitschr. für gesch. Rw. I. S. 24. folgd. gegen den Grundsatz des deutschen Rechts anführt, daß regelmäßig alle Verträge ohne besondere Form bindend waren, beruht auf einer Verwechslung der rechtlichen Gültigkeit eines Geschäftes mit dem Beweis desselben. Nach dem, was Rogge über die Bedeutung des Eides mit Consacramentalen gesagt hat, hätte Hasse jene Polemik nicht wieder in dem rhein. Museum II. 2. S. 168 flgd. erneuern sollen.

Fremden dem Verwandten oder unter diesen den entfernteren vorzuziehen; andrerseits konnte unter gegebenen Umständen jede Zuwenduug unmöglich werden, welche dem Freigebigen das Unentbehrliche entreißen würde. Aber das deutsche Recht kannte zwei Arten von Geschäften, durch welche diese scheinbare Lücke auf eine dem Bedürfniß angemessene Weise ausgefüllt wurde.

1. Es kamen nämlich in demselben von jeher Zuwendungen vor, durch welche in der Art Vermögensrechte auf einen Andern übertragen wurden, daß dieser sie erst nach dem Tode des Disponenten, dem während seines Lebens unter verschiedenen Modificationen die Benutzung blieb, vollständig erwarb. Auf den ersten Blick könnte man zu der Annahme geneigt sein, daß auch diese Geschäfte ebensogut, als die Testamente und Erbverträge dem aufgestellten Princip widerstrebten, und daher dessen Hinfälligkeit zeigten; aber eine genauere Erwägung führt eben zur Einsicht, daß gerade in ihnen dasselbe sich am deutlichsten ausspricht. Der Gegenstand dieser deutschrechtlichen Vergabungen war nicht der Nachlaß oder ein Theil aus demselben, sondern das gegenwärtige Vermögen, und als im spätern Rechte das ganze Vermögen auch in dem Umfange übertragen werden konnte, daß die zukünftigen Güter dazu gerechnet wurden; so blieb doch der Grundsatz als Regel bestehen, daß dem Erwerber sogleich an dem Vorhandenen ein Recht eingeräumt sey. Es trat nämlich eine dem deutschen Rechte geläufige Theilung der Eigenthumsrechte ein, und zwar so, daß dem Tradenten immer die Nutzung bis auf seinen Tod blieb. Das Mittel, um dieses zu erreichen, war die feierliche Auflassung, deren wesentlicher Erfolg die Uebertragung eines sogleich wirksamen dinglichen Rechts war. Deswegen kam dieses

Geschäft ursprünglich nur bei Immobilien vor, als deren Pertinenz jedoch die fahrende Habe mit übergehen konnte; bis auch für sie in später Zeit vermittelst der Constituirung eines obligatorischen Anspruchs, dessen Zahlungstag erst mit dem Tode des Schuldners eintrat, in einigen Gegenden sich eine Modification durchbildete.

2. Das Recht, seine Grundstücke jemandem aufzulassen, damit er sie an einen Dritten weiter tradire, ward zu einer Uebertragung auf den Todesfall benutzt, indem man die Zeit der zweiten Auflassung nach dem Tode des Eigenthümers verlegte.

Es gehört also zum Wesen dieser Geschäfte, daß ihre rechtliche Wirkung sogleich eintrat, es lag in ihnen eine Veräußerung, und nur die factischen Folgen derselben wurden insofern auf den Tod des Tradenten gestellt, als durch diesen die temporäre Beschränkung des übertragenen Rechts aufhörte. Eine Succession von Todes wegen wurde durch solche Zuwendungen eben so wenig begründet, als es z. B. nach gemeinem Rechte durch eine Schenkung unter dem Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchs geschieht; wenn sie daher in dieser Abhandlung als Vergabungen von Todes wegen bezeichnet sind, so ist dieß bloß geschehen, um ihren Gegensatz gegen diejenigen Zuwendungen hervorzuheben, bei welchen die vollständige Einräumung des übertragenen Rechts regelmäßig der Constituirung desselben unmittelbar folgt. Später wird es sich übrigens zeigen, daß das besondere Ziel jener Vergabungen auf verschiedene Weise modificirt ist, und im Einzelnen manche eigenthümliche Erscheinung hervorgerufen hat.

Es ist nun die Aufgabe dieser Schrift, die genannten

Geschäfte in ihrer besonderen Beschaffenheit vorzulegen, und zugleich ihren Zusammenhang mit allgemeineren Instituten des deutschen Rechts nachzuweisen. Ich habe es versucht, die Grundzüge dieser Lehre in ihrer fortschreitenden Entwicklung aufzufassen, aber auch die Abweichungen beachtet, welche bei den einzelnen Volksstämmen sich zeigen, oder für besondere Verhältnisse vorkommen. Denn die höchste Aufgabe des Germanisten, ein gemeines deutsches Recht zu erforschen, setzt die genaue Kunde des particulären voraus, welches übrigens auch wieder sein eigenes Interesse hat; nur dadurch wird eine sichere Ausscheidung möglich. Hier das richtige Maaß zu halten, ist zum Theil Sache des wissenschaftlichen Tactes, und manche vereinzelte Andeutung wirft ein überraschendes Licht auf ein allgemein verbreitetes Institut. — Der Zeitraum, in welchem diese Erörterung sich bewegt, läßt sich nur so angeben, daß es die Absicht war, sie über das ganze Gebiet des deutschen Rechts auszudehnen, wie es sich, frei von dem Einflusse des fremden Rechts darstellt. Die Reception des letzteren geschah allmählich, und während man zuweilen unvermuthet in sehr früher Zeit auf Spuren desselben stößt, zeigt sich häufig noch in späten Tagen die reine, unvermischte Anwendung deutschrechtlicher Institute, und liefert dem Forscher einen erfreulichen Beitrag für seine Arbeit. — Ich bedaure es, daß ich auf die Rechte verwandter germanischer Völker keine Rücksicht habe nehmen können; aber mit einzelnen, aus dem Zusammenhange genommenen Citaten ist wenig geholfen, und eine genügende Kunde des ganzen Materials, welche nur aus den Quellen zu schöpfen ist, habe ich mir noch nicht erworben. So weit ich hinein geblickt habe, fand ich, namentlich im nordischen und französischen Rechte, eine

interessante Uebereinstimmung in dieser Lehre. Ich behalte mir in dieser Beziehung einen späteren Nachtrag vor.

Ehe die Untersuchung auf den festgestellten Gegenstand gerichtet werden kann, ist es nöthig, vorher zwei Punkte einleitend zu erwägen; nämlich erstens einige Institute des deutschen Rechts, welche mit dem in dieser Schrift behandelten verwandt sind, aber unter abweichenden Grundsätzen stehen, auszuscheiden; und dann die Bedeutung gewisser Worte festzustellen, deren Sinn häufig sehr zweifelhaft ist, zu deren Erklärung aber die Glossarien zum Theil nicht ausreichen. —

§. 2. Ausscheidung der Einkindschaft, der Uebertragung des Vermögens gegen lebenslänglichen Unterhalt und der Abänderung in der Erbfolge durch Erbverzichte.

I. **Die Einkindschaft.** Dieses Institut ist aus zwei Gründen nicht in den Kreis der folgenden Untersuchungen aufgenommen worden.

1. Es gehört einer Zeit an, welche später ist, als diejenige, auf die sich die vorliegende Arbeit beschränkt hat, indem die ersten Spuren desselben nicht über jene Periode hinaufgeführt werden können, wo das römische Recht schon eine sehr ausgebreitete Wirksamkeit erlangt hatte. Zwar hat der letzte Bearbeiter dieser Lehre [1]) ihr ein sehr hohes Alter zu vindiciren gesucht, indem er schon im 13ten Jahrhundert Spuren derselben zu finden glaubte, und von diesen auf eine frühere Existenz zurückschloß; aber, wie sich zeigen läßt, ohne Erfolg. Einmal ist es sehr

1) A. F. Ringelmann in der Schrift: über die historische Ausbildung und rechtliche Natur der Einkindschaft. Würzburg 1825. §. 4 — 6.

mißlich, ein Institut für viel älter zu halten, als die Periode, in der sich die ersten Keime desselben nachweisen lassen; aber die Stellen, welche Ringelmann so verstanden hat, sind überhaupt nicht auf die Einkindschaft zu beziehen. Er beruft sich zuerst auf die bekannte Urkunde vom Jahre 1296, welche Guden [2]) unter der Ueberschrift: "Pacta dotalia et unionis prolium inter conjuges nobiles de Hatestein" hat abdrucken lassen.

Der Anfang lautet:

Nos H. de H. miles et A. relicta quondam S. militis de H. conjuges tenore presentium recognoscimus — — quod *communicata manu*, unanimi consensu et libera voluntate omnia bona nostra, mobilia et immobilia, que a tempore quo matrimonium contraximus usque ad presens tempus comparavimus et adepti sumus, et que comparare et adipisci possumus in futurum, liberis nostris, quos ipso tempore contractus matrimonii habuimus, videlicet mei H. quatuor liberos et mee A. tribus pueris *tradimus, donamus* et *assignamus*, ut ipsa bona omnia et singula post mortem nostram equaliter dividant et possideant tamquam veri fratres et sorores et legitimi coheredes; nisi alios pueros deo volente procreaverimus, qui majori et pociori jure ipsis bonis succedent, quibus nolumus aliquod prejudicium generari.

Nach dieser Stelle haben zwei Eheleute sich gegenseitig Kinder zugebracht, und für diese eine gleichmäßige Succession in die Güter, welche nach Eingehung der Ehe erworben sind und etwa noch hinzukommen werden, angeordnet; doch sollen, wenn sie später noch Kinder gewin-

2) Guden. cod. dipl. I. p. 895 sqq.

nen, diese den zusammengebrachten vorgehen. Die letzte Bestimmung erklärt sich daraus, daß in dem angegebenen Fall rücksichtlich der in der Ehe erworbenen Güter das Verhältniß der Voll- und Halbgeschwister eintrat, von denen jene diese ausschlossen [3]). In welcher Form aber die Gleichstellung der zusammengebrachten Kinder beschafft worden ist, läßt sich nicht mit Sicherheit angeben. Man könnte geneigt seyn anzunehmen, daß auch hier nur die gesetzliche Erbfolge anerkannt sey, indem jene Kinder für die Errungenschaft der zweiten Ehe wohl gleich nahe standen, so daß die ganze Stelle nur dasjenige feststellte, was schon von selbst gegolten hätte, und gleichsam den Eingang bildete für die Beredungen, welche der Schluß der Urkunde über die Succession der Ehegatten enthält. Aber theils spricht dagegen, daß über jede Art des Erwerbs disponirt wurde, theils sind die Ausdrücke: tradimus, donamus et assignamus, welche eine Zuwendung bezeichnen, einer solchen Auslegung im Wege. Eben dieser Umstand hat mich aber auf die Ansicht geführt, daß hier eine durch Auflassung vollzogene Vergabung von Todes wegen vorliege, welche eine Quote des ganzen Vermögens zum Gegenstande hatte. Diese Meinung wird durch den im Anfang gebrauchten Ausdruck: "communicata manu" unterstützt, welcher regelmäßig bei der von Eheleuten gemeinschaftlich vollzogenen Auflassung angewandt wird; auch sind unter den Zeugen zuerst die Gerichtspersonen genannt, vor denen jener Act hätte vorgenommen werden müssen. Daß der zukünftige Erwerb zum Gegenstand der Uebertragung gemacht, und den nachgeborenen Kindern ihr Recht vorbehalten ist, steht dieser Erklärung nicht entgegen (s.

3) S. sächs. Landr. I. 3. §. 3. II. 20. §. 1.

unten §. 11.), und wenn man „ut" durch „damit" übersetzt, so läßt sich auch der angegebene Grund mit dem besonderen Zweck solcher Geschäfte vereinen.

Die zweite Beweisstelle ist einem noch ungedruckten Statut der Stadt Eisenach entnommen:

Wann sich aber der lebendig bleibende Vater oder Mutter in die andere Ehe begeben will, alsdann soll er sich, und zwar zeitlichen, vor der öffentlichen Proklamation und seiner ehelichen Trauung, nicht aber, wenn er schon ein= oder zweimal aufgeboten ist, erstlich mit seinen Kindern und deren Vormündern durch gewisse Ehepakt, oder da sie sich nicht vergleichen könnten, und die Kinder und Vormünder forderten Theilung, folgendermaßen doch auf unser, des Raths Erkänntniß, zu vertheilen schuldig seyn.

Wer in diese Worte die Einkindschaft nicht hineinlegt, der wird sie auch wohl nicht herausbringen. Wenn übrigens angeführt wird, nach der Vorrede habe dieses Statut im Jahre 1283. vom Landgrafen Albrecht von Thüringen seine Bestätigung erhalten, so muß sich dieses auf eine ältere Redaction desselben beziehen; denn die vorher abgedruckte Stelle kann wohl nicht vor der Mitte des 16ten Jahrhunderts geschrieben seyn.

Andere Belege führt Ringelmann für seine Ansicht nicht an, und auch Bodmann, welcher annimmt[4]), daß die Ursprünge der Einkindschaft im Erzstift Mainz sich ins 13te Jahrhundert verlieren, giebt als ältestes Beispiel derselben ein Notariatsinstrument von 1361, worin allerdings eine Andeutung jenes Geschäftes zu finden ist;

---

4) Bodmann rheingauische Alterth. II. S. 914.

aber in einiger Ausdehnung zeigt sich dasselbe erst in der zweiten Hälfte des 15ten Jahrhunderts [5]).

2. Der wesentliche Grund der Einkindschaft ist der Vertrag; wenn nun die Erbfolge, welche durch sie angeordnet wird, der unmittelbare Gegenstand des Vertrags wäre, und man zugleich annehmen dürfte, daß hier eine organische Entwicklung des älteren deutschen Rechts vorläge; so hätte dieses Institut trotz seines späteren Ursprungs allerdings auf eine angemessene Weise in die vorliegende Schrift aufgenommen werden können. Aber ich glaube, daß man die Einkindschaft für ein der römischen Adoption nachgebildetes Geschäft halten muß, durch welches über zusammengebrachte Kinder die elterliche Gewalt erworben, und diesen an dem Vermögen der gemachten Eltern ein Intestaterbrecht beigelegt wurde. Es kann aber nicht in Abrede gestellt werden, daß manche spätere Statute die Einkindschaft als Erbvertrag behandelt haben; daher ist es passender, die nähere Erörterung über ihre rechtliche Natur in den zweiten Theil dieser Schrift zu verlegen, wo namentlich untersucht werden soll, wie sich die Lehre von den Erbverträgen in der Doctrin und den Statuten ausgebildet hat.

II. Es ist als eine wesentliche Seite der Vergabungen von Todes wegen hervorgehoben worden, daß das übertragene Recht erst durch den Tod des Tradenten ein unbeschränktes wird. Dadurch unterscheiden sie sich leicht von demjenigen Geschäfte, durch welches jemand sein Vermögen auf einen Andern übertrug, wogegen dieser es übernahm, jenen lebenslänglich zu unterhalten. Von die-

5) S. Beispiele bei Bodmann a. a. O. S. 650 — 653, und in Orth's Anmerkungen zur frankf. Reformation. Zweite Fortsetzung S. 670 — 674.

sem Institut, welches die Quelle des Altentheils auf den deutschen Bauergütern wurde [6]), finden sich schon in früher Zeit Beispiele [7]).

III. Eine Untersuchung, welche sich mit der Zuwendung von Vermögensrechten beschäftigt, steht in keinem nothwendigen Zusammenhange mit der Lehre von den Erbverzichten; deswegen konnte diese vorläufig ganz übergangen werden. Denn sie beruht im deutschen Rechte auf ganz andern Grundsätzen, als die Vergabungen von Todes wegen, während im römischen Recht die Ungültigkeit der vertragsmäßigen Erbfolge wohl mit der der Erbverzichte auf dasselbe Princip zurückgeführt werden kann. Es ist jedoch nöthig, hier daran zu erinnern, daß, wenn jemand in Folge eines Verzichtes, den ein näherer Erbe oder ein gleich naher rechtsgültig ausgestellt hatte, entweder überhaupt zur Succession gelangte, oder wenigstens in eine ihm vorher nicht zuständige Quote des Nachlasses, — dieses nicht als die Constituirung eines neuen Erbrechts angesehen werden darf. Durch ein solches Geschäft wird vielmehr nur ein Hinderniß weggeräumt, welches der gesetzlichen Succession einer bestimmten Person für den besonderen Fall entgegenstand. Von diesem Standpunkte aus ist eine Urkunde zu erklären, die ich beispielsweise anführe, damit nicht aus ähnlichen Stellen ein Einwand gegen das in dieser Abhandlung durchgeführte Princip entnommen werde.

Guden. cod. dipl. I. p. 740. (a. 1272.) Item Robinum filium meum post mortem meam et uxoris

6) S. C. L. Runde die Lehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauergütern. Oldenburg 1805. §. 3 — 8.

7) S. form. Marc. II. 13. form. goldast. 35. 37. Sehr genaue Bestimmungen über dieses Geschäft enthält: Jydske Lov. I. c. 32. Um flatfoering.

mee Irmengardis constituo unicum heredem et dominum castri et dominii de Coverna; cui Fridericus filius meus senior renunciavit publice et expresse. Ceteros filios meos, quos habeo vel habere me contigerit, omni fraude et dolo exclusus ad hoc inducere laborabo, ut predictis bonis renuncient sicut major.

§. 3. Erklärung von *hereditas* (Erbe), *heres* (Erbe), *hereditare* (erben), *exheredare*, *exheredem facere* (enterben).

Im ältern deutschen Rechte durchkreuzen sich die Ausdrücke, welche Verhältnisse des Grundeigenthums und des Erbrechts bezeichnen, auf eine so mannigfache Weise, daß eine genaue Sonderung und Zerlegung derselben zum richtigen Verständnisse vieler Stellen nothwendig erscheint. Dieses ist um so mehr der Fall, als die Wörter, welche jene zwiefache Bedeutung haben, in dem Sprachgebrauch der Römer und dem heutigen nur auf das Erbrecht bezogen zu werden pflegen; woher es leicht geschehen kann und auch häufig geschehen ist, daß man Stellen aus den alten Gesetzen und Urkunden von erbrechtlichen Verhältnissen verstand, welche doch von denen des Grundeigenthums handeln. — Der fleißige Haltaus hat für die deutschen Bezeichnungen der angegebenen Art schon bedeutend vorgearbeitet; aber Ducange ist auffallend dürftig in der Erklärung der lateinischen.

Es ist nicht schwer, die Veranlassung zu dieser Vermischung der Ausdrücke aufzufinden. Als die germanischen Stämme nach der Völkerwanderung anfingen, sich in den neuen Verhältnissen einzurichten, bedienten sie sich der von den Besiegten dargebotenen lateinischen Sprache, um ihren

Willen über die Anordnung besonderer oder allgemeiner Einrichtungen auszusprechen. Aber das Recht der Germanen war ein anderes, als das der unterworfenen Römer; und namentlich im Erbrechte gab es bedeutende Abweichungen. Es fehlte der römische Begriff der Repräsentation des Erblassers durch den Erben, und daher die strenge Durchführung des Satzes: hereditas viventis non datur; der Nachlaß eines Verstorbenen bildete nicht eine aus allen Vermögenstheilen gleichmäßig bestehende Masse, indem sich die beweglichen und unbeweglichen Güter zum Theil trennten, von verschiedenen Rechtsgrundsätzen beherrscht; die einfachen Verhältnisse ließen aber eben die Grundstücke mit den sehr umfassenden Pertinenzien als das überwiegend Wichtige erscheinen. — Um nun an sich geläufige Begriffe zu bezeichnen, mußte man zum Aehnlichen greifen. Was so erlangt war, machte gewissermaaßen eine neue Eroberung aus, und wurde selbstständig weiter geführt. Den lateinischen Wörtern aber folgte die deutsche Uebersetzung, wörtlich und doch im germanischen Sinn; auch wohl wieder eine Rückübersetzung, ohne Ueberlegung. So wird ein Grundstück bezeichnet als „hereditas," dieses „Erbe" übersetzt, welches dann wiederum als „heres" zurückgegeben wird. S. app. form. Marc. 35. form. goldast. 14. mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 17. (c. a. 800). Kieler Testament vom Jahre 1341. Mscr.

Ich gehe zu den einzelnen Ausdrücken über.

I. *Hereditas.* a) Die gewöhnliche Bedeutung gilt auch hier: der Nachlaß eines Verstorbenen; jedoch ohne die feineren Beziehungen des römischen Rechts. Auf dieses geht wohl die Erklärung des Isidorus in etymolog. lib. V. bei Canciani V. p. 375. — Fürs deutsche Recht ist der Ausdruck alode gleichbedeutend. S. L. sal. tit.

62. L. Rip. tit. 56. L. Angl. et Verin. tit. 6. Die späteren Rechtsbücher haben Erbe. S. sächs. Landr. I. 6. §. 1.

b) Ein Grundstück. In dieser Bedeutung wird hereditas an unzähligen Stellen gebraucht; nähere Auskunft giebt Capit. I. Caroli M. ai. 806. c. 11. — rerum immobilium, hoc est, terrarum, vinearum atque sylvarum servorumque qui jam casati sunt sive caeterarum rerum quae hereditatis nomine censentur; — und app. actt. vett. Nr. 59. in Baluz. Capit. II. p. 1444. (a. 844.) — hereditatibus, id est, de domibus, vineis, terris, hortis. — Ein anderes Wort für denselben Gegenstand ist proprietas; darum wechseln auch die Ausdrücke: jure proprietario und hereditario. S. L. Bajuv. tit. 17. c. 2. form. lindenbr. 59. Auf gleiche Weise steht im späteren Recht für Eigen: Erbe; (s. sächs. Landr. I. 61. §. 1 und 4.) doch hat Erbe häufig die besondere Bedeutung des ererbten Eigen. Vgl. Haltaus s. v. Erbe.

II. *Heres.* a) Gewöhnliche Bedeutung: der Nachfolger in die Güter eines Verstorbenen. Dieser Begriff ist häufig beschränkt, indem nur die Descendenten des Erblassers darunter verstanden werden; wofür auch der Ausdruck: heres legitimus vorkommt. S. mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 104. (a. 1143.) eod. p. 253. (a. 1186.). eod. p. 261. (a. 1194.). Neugart. cod. dipl. Alem. I. Nr. 397. (a. 861.) eod. Nr. 614. (a. 896.) eod. Nr. 621. Gercken. cod. dipl. brand. II. Nr. 252. (a. 1316.) eod. Nr. 255. (a. 1318.) Günther cod. dipl. rheno-mosel. II. Nr. 54. (a. 1223.) — In dieser engeren Bedeutung wird Erbe auch jetzt noch gebraucht. — Die angeführten Stellen handeln übrigens zum Theil nicht von dem Nachfolger eines Verstorbenen, sondern von dem präsumtiven Nach-

folger eines noch Lebenden. S. noch L. Sax. tit. 15, 2. Capit. II. Caroli M. ai. 811. c. 5.

b) Eine zweite Bedeutung von heres hat von dem ursprünglichen Wesen desselben nur so viel beibehalten, daß damit überhaupt der Nachfolger in die Güter eines Andern bezeichnet wird. Hierunter wird sowohl derjenige begriffen, dem eine Zuwendung von Todes wegen gemacht ist (s. L. sal. tit. 49. Schannat. trad. fuld. I. No. 636. (a. 1145.) Schannat. vind. litt. I. p. 56. (a. 1098.) eod. p. 57. (a. 1098). Günther. l. c. II. No. 226. (a. 1267). Guden. cod. dipl. I. p. 740. (a. 1272.) eod. III. p. 959. (a. 1263.) mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 261. (a. 1194.), als auch derjenige, welcher eine Sache ohne eine solche Beschränkung erhalten hat. (S. Meichelbeck. hist. frising. I. pars instr. No. 356. (a. 818.) Muratori. ant. ital. I. p. 227. (a. 713.) eod. p. 341. (a. 1029.) Schannat. vind. litt. I. p. 115. (a. 1122.) Guden. I. p. 1. (8tes Jahrh.) eod. II. p. 113. (a. 1254.).

c) Zuweilen heißt derjenige, welcher auf einem Grundstücke zu Erbleihe sitzt, heres; (s. wormser Dienstrecht vom Jahre 1024 art. 2. bei Schannat. hist. episc. wormat. cod. prob. p. 44. Günther l. c. I. No. 50.) Ebenso wird Erbe gebraucht. S. Haltaus s. v. Erbe.

d) Personen, welche eine unbewegliche Sache in Gemeinschaft haben, werden heredes, coheredes genannt; so die Markengenossen (s. Meichelbeck. l. c. No. 129. (a. 807.) Günther l. c. II. No. 264. (a. 1275. eod. III. 1. No. 50. (a. 1311.), ferner diejenigen, welchen eine Kirche gemeinschaftlich gehört (s. Meichelbeck l. c. No. 510. (a. 827.) Neugart. l. c. I. No. 480. (a. 874.) eod. No. 591. (a. 889.) oder ein anderes Grundstück (s.

Günther. I. No. 178. (a. 1163.) Guden. III. p. 347. (a. 1349.).

III. *Hereditare.* Dieß Wort hat eine dreifache Bedeutung. a) Es kommt im Sinne von: vererben, zum Erbtheil nachlassen vor. (S. Meichelbeck. l. c. No. 670. (a. 847.) Autor vetus de benef. cap. I. §. 24.) Ebenso wird: „erben" gebraucht, z. B. in der Parömie: der Todte erbt den Lebendigen.

b) Als Erbschaft erlangen. (S. Capit. Caroli M. ai. 794. c. 39. Neugart. I. No. 491. (a. 875.) Vgl. Ducange s. v. haereditare.)

c) Unbewegliches Gut übertragen, (s. Günther. II. No. 56. (a. 1324.)) und in der besonderen Bedeutung, eine neu errichtete Kirche mit unbeweglichem Gut ausstatten. (S. Meichelbeck. l. c. No. 304. (a. 814.) No. 314. (a. 814.) und öfter.) Auch: „erben" wird so gebraucht; (s. Günther. IV. No. 356.) zuweilen heißt es aber auch: zu Erbleihe austhun. (S. Kl. Kaiserr. II. c. 101. Guden. II. p. 1148. (a. 1361.) Vgl. Haltaus s. v. Erbe.)

IV. *Exheredare, exheredem facere.*

a) Jemandem sein gesetzliches Erbrecht nehmen. (S. Legg. Long. Rotharis 168 — 170. Liutprand. III, 11. L. Sax. tit. 15, 2. Capit. II. Caroli M. ai. 811. c. 5. Capit. Lud. Pii ai. 816. c. 7. Capit. II. 31. Schannat. vind. litt. II. p. 11. (a. 1236.)) Es schließt sich diese Bedeutung der römischen an, obgleich in der Sache selbst eine große Verschiedenheit liegt. Bei den Römern war der Begriff der Universalsuccession für die Erbfolge leitend, und ähnlichen Regeln und Beschränkungen, wie die Einsetzung eines Erben, war auch die Enterbung unterworfen; im deutschen Rechte hingegen wird jede Handlung, durch welche jemand ein Immobile veräußert, als

eine Enterbung des präsumtiven Nachfolgers angesehen, über deren Zulässigkeit besondere Grundsätze galten.

b) Jemandem das Eigenthum eines Grundstückes entziehen, ohne Rücksicht auf die Nachfolge. (S. Legg. Long. Liutprand. VI. 51. Capit. II. Caroli M. ai. 805 .c. 16. Meichelbeck l. c. No. 601. (a. 837.)) In derselben Bedeutung kommt: „enterben" vor. S. Kl. Kaiserr. II. 111. Vgl. Haltaus s. v. enterben und sich enterben.

Erster Abschnitt.

Ueber die Vergabungen von Todes wegen durch die feierliche Auflassung an den Bedachten.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Erörterungen.

§. 4.

Von der feierlichen Auflassung.

So lange sich das deutsche Recht in seiner Eigenthümlichkeit frei bewegte, wurde stets für die Uebertragung des Eigenthums oder überhaupt eines dinglichen Rechts an Grundstücken ein bestimmter, feierlicher Act für nöthig erachtet, welchen man allgemein als Auflassung bezeichnen kann. Die Grundzüge dieses Instituts sind, wenigstens im Gebiete des Landrechts, zu allen Zeiten dieselben gewesen, und auch die Form desselben blieb sich in manchen Beziehungen gleich; stets kam z. B. bei der Uebertragung ein Symbol vor und ein gewisser Grad der Oeffentlichkeit. Aber auch manche Abweichung vom Alten, manches neue Erforderniß machte sich in späterer Zeit geltend, indem, abgesehen von den allgemeinen Fluctua=

tionen im Rechte, gerade die Auflassung den tief eingreifenden Einwirkungen unterworfen war, welche das öffentliche Recht auf die den Grundbesitz betreffenden Verhältnisse ausgeübt hat. Darum ist das richtige Verständniß der verschiedenen Rechtsquellen und die klare Anschauung der einzelnen Geschäfte, deren rechtliche Stellung mehr oder weniger durch die Auflassung bestimmt wurde, von der genauen Kunde bedingt, welche wir über das Wesen dieses Instituts und über die eigenthümliche Gestaltung desselben in den verschiedenen Perioden besitzen. — Die Vergabungen von Todes wegen gehören ihrer ursprünglichen Bedeutung nach zu denjenigen Geschäften, welche ihre Gültigkeit und Bedeutung von der Auflassung erhielten; eine Untersuchung, welche auf sie gerichtet ist, kann daher eine genaue Erwägung der letzteren nicht umgehen. Denn frühere Leistungen haben noch nicht zu einem so sicheren Resultate geführt, daß man unbedingt auf sie verweisen dürfte.

Die beabsichtigte Erörterung läßt sich auf die Beantwortung von drei Fragen zurückführen, welche für den vorliegenden Zweck den Gegenstand umfassen.

I. Ward durch die Auflassung das Eigenthum an Grundstücken übertragen, oder mußte noch ein anderer Umstand hinzutreten, um dieses zu bewirken?

II. Mußte die Auflassung vor Gericht geschehen?

III. In welchem Verhältnisse stand eine Urkunde, welche über die Auflassung ausgestellt wurde, zu derselben?

I. Die wichtigste Quelle für diese ganze Untersuchung ist folgende Stelle:

Capit. I. Lud. Pii ai. 819. c. 6. Si quis res suas

pro salute animae suae vel ad aliquem venerabilem locum vel propinquo suo vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quod si eodem tempore quo illas tradere vult, extra eundem comitatum fuerit, id est, sive in exercitu sive in palatio sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus vel de aliis qui eadem lege vivant, qua ipse vivit, testes idoneos, vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint, et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestiturae donet ei qui illam traditionem accipit, ut vestituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi [1]. —

---

1) In den longobardischen Gesetzen findet sich eine zum Theil abweichende Recension dieses Gesetzes. S. L. Long. **Lud. Pii 14.** — — — de ipsa re traditionem faciat, et fidejussori investituram donet: ut ei qui illam traditionem acceperit, investituram faciat. — — Insuper et ipse fidejussor faciat eidem investituram, ne eis heredibus ulla occasio — —. Es frägt sich, ob diese Abweichungen aus einer bestimmten Absicht hervorgegangen sind, oder nur zu den in der longobardischen Sammlung so häufig vorkommenden Verstümmelungen gehören. **Grupen** (teutsche Alterthümer S. 49. 50.) ist der ersteren Meinung: er bezieht die longobardische Redaction auf die getreue Hand. Aber deren Wesen ist in der Vermittlung der Traditio begründet, (s. unten §. 15.) nicht der Vestitur, welche Ausdrücke zu **Ludwig's** Zeit nicht synonym waren. (S. unten Note 22.) Eben diese Verwechslung deutet darauf

Hier sind bei der Uebertragung zwei von einander getrennte Handlungen unterschieden, die traditio und vestitura; erstere wird in der ahd. Uebersetzung dieses Capitulare 2) mit Sala, letztere mit Geweri wiedergegeben. Beides ist eine wörtliche Uebertragung: Sala entspricht dem gothischen Verbum saljan (tradere); Geweri dem ahd. warjan, werjan; welches sich im Gothischen als vasjan findet, und eben vestire bedeutet 3). Was nun den Sinn dieser beiden Ausdrücke betrifft, so konnte das von Niemandem übersehen werden, daß das Wesentliche der Uebergabe in der Tradition lag, und auf sie erst die Vestitur folgte. Im Uebrigen herrscht eine große Verschiedenheit der Meinungen vor. Während nämlich Grupen 4) die Vestitur für eine Bestätigung (firmamentum) der Tradition hält, ohne den näheren Zweck derselben anzugeben, Eichhorn 5) und Phillips 6), von der Ansicht ausgehend, daß die Auflassung, um vollgültig zu seyn, stets vor Gericht habe geschehen müssen, in der Vestitur bloß eine Ergänzung der außergerichtlich beschafften Ueber-

---

hin, daß die Abänderung ziemlich spät geschehen ist; — wie ungeschickt, zeigt der Satz: Insuper et ipse u. s. w.

2) Bei Brower diss. de vet. pop. trev. lingua und Walter corp. jur. germ. ant. II. app. I.

3) S. J. Grimm's Rechtsalterth. S. 555. 556. 602 und 603. Der Gewere liegen drei gothische Formen zum Grunde: *vasjan* (vestire), *varjan* (prohibere, defendere), *vairan* (?) (praestare). Die Etymologien, welche Pütter (die Lehre vom Eigenthum S. 30. folg.) versucht hat, konnten mich von Grimm's Auslegung nicht abbringen.

4) Teutsche Alterth. S. 48. 51.

5) St. und Rg. I. §. 59. Note a. f. g. Vgl. Einleitung §. 174.

6) Grunds. des gem. deutschen PRs. I. §. 15. S. 175. Er schwankt in der Erklärung der Vestitur, nimmt sie aber im cit. Capitulare für gleichbedeutend mit legitima traditio.

gabe erblicken; so versteht Grimm [7]) darunter die förmliche Einkleidung in den Besitz des Grundstückes, Albrecht [8]) die solenne Einweisung in den Besitz durch den Veräußerer selbst. — Die folgende Erörterung wird sich in ihrem Resultate an die Grimmsche Ansicht anschließen. —

Das deutsche Recht, von einem jugendlichen, phantasiereichen Volke empfangen und getragen, faßte die Verhältnisse des Lebens unter einem poetischen Gesichtspunkte auf, und räumte dem Symbol eine ausgebreitete und tief eingreifende Bedeutung ein. Nicht absichtlich, überlegt; sondern der lebendige Sinn des Volkes, welchen das Wahrzeichen leicht zur Anschauung des Gegenstandes führte, hielt sich dasselbe leichter und lieber vor, weil es gegenwärtiger, concreter ist. Dieser Zug des deutschen Rechts, der es so warm und lebendig erscheinen läßt, und seinem tieferen Studium einen eigenthümlichen Reiz giebt, umhüllt es aber nicht bloß als ein anmuthiges Gewand, sondern er hat dasselbe ganz durchdrungen, er gehört zu seiner Wesentlichkeit; so daß, wenn es auf die Beurtheilung der Zustände und Verhältnisse ankommt, wir die eigenthümlichen Beziehungen derselben ebenso ernsthaft und unbefangen betrachten müssen, als es ursprünglich vom Volke geschah [9]). Nun findet es sich in den Quellen des älteren deutschen Rechts als eine allgemeine Regel ausgeprägt, daß die Uebertragung von Grundstücken auf eine Weise beschafft wurde, welche jener allgemeinen Neigung ihr Entstehen zu verdanken hat. Man stellte sich das

7) Deutsche Rechtsalterthümer S. 556.

8) Gewere §. 8. S. 64.

9) Auch dem noch Unerfahrenen hat J. Grimm dazu die Brücke gebaut. S. Ueber die Poesie im Rechte Zeitschr. f. g. RW. II. I. p. 25 folg. und deutsche R. A. Einleitung cap. IV. Symbole.

Grundstück unter dem Bilde einer Sache vor, welche als Theil in einer unmittelbaren Beziehung zu demselben stand; es ward ein Baum herbeigetragen, ein abgebrochener Ast, ein Halm, ein ausgegrabener Wasen, ein aus der Thür geschnittener Span; und indem solche Gegenstände dem Erwerber überreicht wurden, feierlich vor Zeugen, war man der Meinung, ihm eben das Grundstück selbst in seine Hände überliefert zu haben. Daß das Symbol zuweilen nicht in einer so unmittelbaren Beziehung zu der Sache stand, welche es vorstellte, darf nicht auffallen, weil, wenn Eile oder Bequemlichkeit zu den nächsten Dingen greifen ließ, der Zweck doch erreicht wurde, sobald die Parteien und Zeugen über die Bedeutung derselben einverstanden waren; was denn leicht zu einer neuen Gewohnheit führen konnte. Je älter die Quellen sind, desto anschaulicher pflegt das Symbol zu seyn [10]).

Diese symbolische Auflassung ist es, welche in dem oben abgedruckten Capitulare und auch durchweg in den alten Quellen Traditio genannt wird [11]). Mit ihrer Voll-

---

10) S. J. Grimm a. a. O. Ducange s. v. investitura. Besonders deutlich tritt das Wesen des Symbols in L. Alam. tit. 84. hervor. Eine sehr sinnliche Darstellung desselben hat sich im Herzogthum Schleswig erhalten, wo überhaupt noch eine reiche Ausbeute für die deutsche Alterthumskunde zu machen ist. S. J. Blüting's Glosse zum jüdsch. Lov. I. 37.

11) In den Worten legitima traditio finde ich nur die Andeutung, daß sie eben nach dem Gesetze geschehen müsse. Der Ausdruck kommt häufig vor, ohne einen Gegensatz von der bloßen traditio zu bilden. S. Grimm R. A. S. 555 Note **. Auf eine ähnliche Weise wird in den longobardischen Gesetzen bald thingare, bald per legem thingare gesetzt. (S. L. Long. Rotharis 157. 168. 172.) In dem vorher angeführten Capitulare könnte der legitima

führung war die Wirkung verbunden, daß das Eigenthum oder überhaupt das dingliche Recht, welches an dem aufgelassenen Grundstücke einem Andern übertragen werden sollte, in seinem ganzen Umfange auf diesen überging. Wenn schon die vorausgeschickte Betrachtung über das Wesen des Symbols für diese Ansichten nehmen möchte, so kann doch auch durch einen strengen, aus den Quellen entnommenen Beweis die Wahrheit derselben dargethan werden.

Betrachten wir zuerst Ludwig's Capitulare. Nachdem die Tradition vor den gesetzmäßigen Zeugen beschafft ist, und Bürgen dafür bestellt sind, daß die Vestitur nachfolge, heißt es: Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem. — Es war also nicht nöthig, daß der spätere Act, die Vestitur, schon geschehen sey, damit das Recht des Tradenten auf den Empfänger übergehe, sondern diese Wirkung trat sogleich ein durch die Traditio in dem Umfange, daß der Erbe des Ersteren jeden Anspruch auf die Sache verlor; weswegen es nur eine besondere Vorsichtsmaaßregel war, wenn man ihn der Bürgschaft für die Vestitur beitreten ließ. (*Insuper* et ipse u. s. w.) Was aber von dem Rechte des Erben galt,

---

traditio übrigens folgende besondere Bedeutung untergelegt seyn. In Capit. II. Caroli M. ai. 803. c. 6. ist verordnet: Qui res suas — — tradere voluerit, *domi* traditionem faciat coram testibus legitimis. — — Wenn hier „domi" dasselbe bedeutete, was Ludewig mit „intra comitatum" bezeichnet hat, so enthielte dessen Gesetz eine Ausdehnung des früheren Rechts, und in so fern könnte die von Karl allein anerkannte Tradition im Gegensatz zu der neu eingeführten, die auch außerhalb der Grafschaft vollzogen werden durfte, allerdings in dem Gesetze, welches die Gültigkeit der letzteren erst aussprach, vorzugsweise die gesetzliche genannt worden seyn.

mußte auch für alle diejenigen Ansprüche zur Anwendung kommen, welche nicht von der Art sind, daß sie überhaupt die Uebertragung verhindern. — In zwei von Lindenbrog herausgegebenen Formeln wird ausdrücklich gesagt, daß das Eigenthum sogleich durch die Tradition übergehe [12]; ähnliche Stellen finden sich in andern Urkunden [13]. — In einer bairischen Urkunde [14] wird erzählt, daß auf das Zeugniß von der früher geschehenen Tradition, wodurch ein Grundstück ins Eigenthum der Kirche gekommen, die auf dasselbe erhobene Ansprache aufgegeben sey; wobei es zu bemerken ist, daß es hier nicht der Tradent war, welcher sich ein Recht an der Sache beigelegt hatte. In einer andern Urkunde [15] wird

12) Form. lindenbr. 17. — totum et integrum a die praesente — — trado atque transfundo de meo jure in eorum dominationem ad possidendum, ut quicquid exinde facere voluerint, liberam ac firmissimam in omnibus habeant potestatem faciendi. — Form. lindenbr. 18.

13) Meichelbeck. hist. frising. I. pars instr. Nò. 467. (a. 824.) — — ipsi firmiter tradiderunt medietatem hereditatis eorum in loco H. — — eo modo, ut a die presente firmiter tenetur ad domum Sanctae Mariae. — — Postea vero misit H. episcopus missos suos — —, ut vestituram ipsius rei accepissent. — eod. No. 485. (a. 825.) — Neugart. cod. dipl. Alem. I. No. 73. (a. 779.) — Hec omnia et ex integro a die presente ad ipsum monasterium — — trado in dominationem. — eod. No. 129. (a. 797.) Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 29. (a. 821.)

14) Meichelbeck. l. c. No. 331. (a. 816.) — et J. comis et alii multi, qui hoc viderunt et audierunt, dixerunt, quod in cunctis conciliis fuissent, et narraverunt, quod A. presbyter cum uno C. tradisset, quicquid proprie hereditatis habuisset, ad monasterio F., ut et per justam legem et *per traditionem* Sanctae Mariae fieri debuisset, et ut illi nihil ibi proprium non haberent. Tunc viderunt, quod nequaquam optinere potuerunt etc.

15) Meichelbeck. l. c. No. 345. (a. 816.) — C. partem

der Erbe des Tradenten aufgefordert, der Tradition Folge zu geben, und dem Gesetze zu genügen, was er auch that, obgleich noch keine Vestitur ertheilt war. — Eine fränkische Urkunde [16]) ist deswegen besonders interessant, weil sie die Folgen angiebt, welche aus dem durch die Tradition erlangten Rechte hervorgingen, und darunter auch den Anspruch auf die Vestitur nennt. — Eben weil die Auflassung die angegebene Wirkung hatte, wurde es möglich, daß das tradirte Grundstück sogleich, ehe noch die Vestitur beschafft war, wieder zu Nutz und Gewere von dem Empfänger ausgethan werden konnte [17]); welches denn umgekehrt den stärksten Beweis für die vorgetragene Ansicht liefert.

---

territorii ad ecclesiam tradidit et cum veracis testibus confirmavit. Sed praeoccupato mortis articulo antequam vestituram ad ipsam ecclesiam de hoc territorio tradito perfecisset. Jam enim post obitum ejus K. frater ipsius cum aliis rebus — possidebat. — hoc episcopus — sciebat, et in silentium — K. fideliter vocavit et ammonuit, ut ipse inde se *legitime emendasset*. ipseque K. — ita fecit.

16) Schannat. trad. fuld. I. No. 82. (a. 778.) — totum et integrum a die praesente sic volumus esse traditum et firmatum, — ut hanc rem ab ulla persona nostrorum cohaeredum incontradictam et inexquisitam vos et posteri vestri habere, frui perenniter firmissimam habeatis potestatem culmo connexam, vobis ad vestiendum et ad inducendum et ad roborandum. Vgl. eod. No. 111. (a. 796.)

17) Meichelbeck. l. c. No. 537. (a. 829.) — quicquid in — locis habuerunt, — firmiter — tradiderunt in altarem. — Hoc factum est in domo S. M. in F. — — Deinde ipsi cum omnibus adstantibus et supra scriptis venerunt in solarium ad piissimo pontifice H. et — — ipse — in beneficium illis prestabat ipsas traditiones eorum. — eod. No. 432. (a. 822.) No. 655. (a. 848.) No. 908. (a. 899.) Schannat. trad. fuld. I. No. 602. (a. 1035.) Vgl. über die Abweichung bei dem aufgetragenen Lehen das sächs. Landr. I. 34. §. 2.

Es ist jetzt zu untersuchen, welche Bedeutung dem zweiten Act, der bei der Uebertragung des Eigenthums aufgeführt wird, der Vestitur beizulegen ist, und in welchem Verhältnisse dieselbe zur Auflassung stand. Wenn man nun auch annimmt, daß durch die letztere das Recht in dem Umfange überging, als die Parteien es beabsichtigten; so ergiebt doch eine genauere Erwägung, daß mit jener symbolischen Handlung nicht jede Beziehung der dabei thätigen Personen zu dem aufgelassenen Grundstücke thatsächlich festgestellt war. Das Symbol vertrat dasselbe auch am entfernten Orte; wenn an einem solchen die Tradition beschafft war, so sieht man leicht, wie viele Schwierigkeiten dem neuen Eigenthümer, der sich selbst mit seinem Rechte überlassen blieb, entgegen treten konnten, ehe er zum wirklichen Genuß desselben gelangte. Verwandte, Freunde, Nachbaren, Hörige konnten denselben, wenn der Veräußerer nicht dazwischen trat, in der besten Absicht an der Ausübung seines Rechtes hindern, und ihn zur gerichtlichen Verfolgung zwingen. Es mußte daher angemessen erscheinen, daß derjenige, dem eine Auflassung ertheilt war, in eine solche Lage versetzt wurde, worin er das erworbene Recht auch ohne factische Hindernisse zur Ausübung bringen konnte; dieses wurde durch eine auf dem Grundstück vorgenommene öffentliche Handlung erreicht, welche andeutete, daß er in das Verhältniß der unmittelbaren Herrschaft über dasselbe getreten sey. Hierin lag die ursprüngliche Bedeutung der Vestitur, der Geweri, welche man sich in der bildlichen Art der Alten als eine Bekleidung mit dem Erlangten vorstellte. Daher wird dieser Act auch mit „induere" bezeichnet [18]) und um-

18) Schannat. trad. fuld. I. No. 111. (a. 796.) — vos ad

gekehrt wird vestire, vestitura bei einem andern Verhältnisse in einer Bedeutung gebraucht, welche auf denselben Grundbegriff zurückgeführt werden muß. Die mansi vestiti, coloniae vestitae sind Bauerstellen, welche mit einem Beschlag, Inventar ausgerüstet, bekleidet sind [19]), und dieser Beschlag selbst heißt dann vestitura [20]).

Da die Bedeutung der Vestitur als Folge der Traditio nur auf factische Hindernisse bezogen ist, so wird sie da, wo ein solches durchaus nicht zu befürchten war, für überflüssig gehalten worden seyn. Darum wird in dem Capit. Lud. Pii cit. c. 6. sogar eine Sicherheitslei-

---

induendum. — An einer andern Stelle steht statt vestitura: vestitio. S. unten Note 32.

19) Form. goldast. 42. — servum cum ova et cum omnia, quo vestitus est. — Meichelbeck. l. c. No. 316. (a. 816.) — coloniae — cum omni integritate, sicut tunc temporis cultae atque vestitae esse viderentur. — eod. No. 388. (a. 818.) — tradidit — quicquid in loco — habuit — cum omni utensilia vel suppellectili, sicut eodem die vestitus erat. eod. No. 449. (a. 823.) — adquisitionem meam — tradidi. — permaneat cum omni integritate, sicut eodem die vestitum esse videretur. — eod. No. 206. (c. a. 800.) No. 320. (a. 816.) No. 480. (a. 825.) No. 484. (a. 825.) Dieser Erklärung der mansi vestiti steht auch nicht entgegen, daß unter „mansi absi" unbebaute Hufen zu verstehen sind. S. Grimm's R. A. S. 536 Note***. Denn wenn auch die mansi vestiti und absi getrennt aufgeführt werden, so ist darin doch kein Gegensatz, sondern nur eine Verschiedenheit derselben ausgesprochen. Vgl. Ducange s. v. absus.

20) Meichelb. l. c. No. 361. (a. 817.) — beneficium — cum talia vestitura, qualia — ibidem inveniret. — eod. No. 408. (a. 819.) — hereditatem — cum omni vestitura reddidit. — eod. No. 482. (a. 825.) — proprium et vestituram tradentes — eod. No. 692. (c. a. 850.) — curtilem — cum omni vestitura tali, sicut ad ipsam sedem pertinere dinoscitur —. eod. No. 782. (c. a. 870.) — dedit — molendinem cum omni vestitura, sicut ad ipsam sedem in eodem loco pertinere dinoscitur. —

stung für ihre Vollziehung als nothwendig angesehen, wenn die Auflassung außerhalb der Grafschaft geschehen ist, worin die Grundstücke lagen; während für den entgegengesetzten Fall dieselbe gar nicht erwähnt wird. Es blieb da dem Ermessen der Parteien überlassen, ob die Umstände sie verlangten oder nicht; doch wird die größere Sicherheit, welche sie gewährte, sie zur Regel erhoben haben. — Für den Act der Einkleidung selbst war nun keine bestimmte Form vorgeschrieben: es genügte jede Handlung, durch welche der angegebene Zweck erreicht wurde. Bald ward derjenige, dem die Auflassung geschehen war, oder sein Bote, auf dem neuen Erwerb vor Zeugen herumgeführt [21]), wodurch man ihn zugleich mit den Grenzen desselben genau bekannt machte; bald geschah die Einkleidung durch eine symbolische Handlung an dem Ort, wo das tradirte Grundstück lag [22]), z. B. mit der Schnur, woran das Siegel hing [23]), was sich wohl auf die

---

21) Meichelb. l. c. No. 111. (a. 793.) — per circuitum — — vestivit — et perduxit eum in circuitu et ostendit illi confinia — eod. No. 528. (a. 828.) — S. tradidit ad F. partem de sua propria silva. — Et statim ille ipse S. circumduxit missum — episcopi — et alios multos, quorum nomina hic scripta sunt. Isti sunt, qui hoc viderunt et audierunt. — eod. No. 540. (a. 829.) — Isti sunt, qui hoc viderunt, quod M. et filius ejus circumduxerunt missos — episcopi omnem rem, quam antea tradiderunt. — eod. No. 587. (a. 819.) No. 981. (c. a. 900.)

22) Dieß mag die Veranlassung gewesen seyn, warum man annahm, vestire sey stets synonym mit tradere gebraucht worden. S. Ducange s. v. investitura. Grimm dt. R. A. S. 556. Albrecht Gewere S. 65. Note 129. Im späteren Recht, namentlich im Lehnrecht nahm investitura allerdings eine solche Bedeutung an. —

23) Meichelb. l. c. No. 368. (a. 818.) — justo judicio superatus reddidit ipsam ecclesiam —. die vero eodem legitimum

über die Auflassung gewöhnlich ausgestellte Urkunde bezog, — oder, wenn eine Kirche in der Uebertragung enthalten war, mit einer Franse des Altars [24]). Auch an der Thürschwelle wurde sie vorgenommen, wobei besondere Feierlichkeiten statt fanden [25]). Es war übrigens zur Vollziehung de. Vestitur nicht nothwendig, daß der Veräußerer selbst sie ertheilte; es reichte vielmehr hin, wenn er von dem neuen Eigenthümer eine Handlung vorneh-

missum episcopi vestivit cum corda, unde signum tangitur, cum domibus, aedificiis etc. eod. No. 369. (a. 818.) — vestivit episcopum cum corda, unde signum tangitur —.

24) Meichelb. l. c. No. 661. (a. 849.) — per fimbriam pallii jacentis super altare vestivit.

25) eod. No. 607. (a. 839.) Ipse vero R. viriliter circumcinctus gladio suo stabat in medio triclinio domus suae tradiditque — quicquid ibidem habuit —. His omnibus firmiter peractis statim de omnibus rebus suis per superliminarem domus suae vestivit E. episcopum et advocatum suum R., et exivit ipse R. traditor et intravit E. episcopus et advocatus ejus. Albrecht (Gewere S. 64. Note 126) findet hier „keine symbolische, sondern nur eine solenne, formelle (aber wahre) Tradition", also wohl die Besitzübertragnng im Sinne des römischen Rechts. Aber theils wurde der Erwerber nicht eingeführt, sondern er ging in Folge eigenen Rechts hinein, (s. Meichelb. l. c. No. 550. (a. 831.) — exivit R. — et intravit H. episcopus) oder er führte einen Untergebenen ins Haus; (s. eod. No. 538. (a. 829.) — exeunte autem A. introduxit R. advocatus episcopi C. presbyterem —) theils bezog sich die so ertheilte Vestitur zuweilen nicht allein auf das Haus, woran sie vorgenommen wurde, sondern auf alle an demselben Orte belegenen Immobilien. S. eod. No. 538. cit. — Quicquid proprie hereditatis vel adquisitionis habui in — O. in aedificiis, curtiferis, territoriis etc. tradidi. — Sequenti vero dominico die — episcopus misit advocatum — ut legaliter vestituram acciperet ipsius rei — et illum A. legaliter per postem et superliminarem domus — vestivit —.

men ließ, durch welche dieser das mit der Auflassung übertragene Recht als ihm zuständig darstellte. Dieß zeigt die Session von drei Tagen und drei Nächten auf dem tradirten Grundstück, welche zuweilen nur als eine Verstärkung der beschafften Vestitur erscheint [26]), zuweilen aber als eine Form der Vestitur selbst aufgeführt wird [27]). In der letzten Bedeutung verschwindet sie früh, durch die gerichtliche Einweisung außer Gebrauch gesetzt; aber die zuerst angegebene Anwendung derselben hat sich auch im späteren Recht erhalten [28]). Der Zweck derselben ist wohl darin zu suchen, daß, wenn ein Grundstück von jemandem tradirt war, der kein Recht dazu hatte, den Betheiligten Gelegenheit gegeben werden sollte, gegen die durch die Vestitur (Einweisung) erfolgte Bemächtigung der Sache Einspruch zu erheben; war dieses in der bestimmten Frist nicht geschehen, so hatte der neue Besitzer keine Klage wegen Gewaltthätigkeit zu befürchten. Diese Ansicht von der Bedeutung des Instituts, worauf schon eine

---

26) Form. goldast. 78. — post vestituram et consessum — Meichelb. l. c. No. 512. (a. 828. — vestivit legaliter de omnibus rebus suis servum Sanctae Mariae, et ille servus ibi sedebat tres dies et noctes. — Neugart. cod. dipl. Alem. I. No. 749. (a. 963.) — facta est vestitura et proprius servus — possedit.

27) Meichelb. l. c. No. 523. (a. 828.) — tribus diebus vestivit advocatum —. eod. No. 636. (a. 845.) — acceperunt traditionem, et postea sessionem juxta morem Bajuwariorum adfieri decreverunt. hoc egit servus — noctibus tribus. — Neugart. l. c. No. 45. (a. 766.) — revestivimus W. monachum — per tribus diebus et per tribus noctibus. —

28) Sächs. Landr. III. 83, §. 1. Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage. Svat sie mit klage irvorderet, oder uppe sie geervet wert, des ne dorven sie nicht besitten. — Sächs. Weichb. Art. 30. Verm. Sachssp. I. 31, 1. — Schwäb. Landr. Art. 312. Zusatz.

alte bairische Urkunde hinweist [29]), ist in der Glosse zum sächsischen Weichbilde ausdrücklich ausgesprochen worden [30]). — Zwei fränkische Urkunden [31]) geben es geradezu als eine Wirkung der Auflassung an, daß der Empfänger dadurch das Recht erhalten habe, sich selbst die Vestitur zu ertheilen, und in einer dritten [32]) wird der Tradent unter den Zeugen der Vestitur aufgezählt, in die er vorher eingewilligt hat. — Eine merkwürdige Urkunde, welche zeigt, wie das an einem Grundstück übertragene Eigenthum in der erwähnten Art geltend gemacht werden konnte, findet sich bei Lupi [33]); sie dient auch den an=

---

29) Meichelb. l. c. No. 550. (a. 831.) — episcopus — ipsam vestituram firmiter peractam accepit et ipsam noctem nullo contradicente in ipso domo de ipsis rebus vestitus ibidem mansit. (S. oben Note 25.)

30) Glosse zum sächs. Weichbild Art. 30. Was man mannen oder weibern gibt, das sollen sie besitzen drei tag. Das ist darumb, das es in ist gegeben, und das man sie des dinges nicht gewehren darff. Wer denn ein ding unverholen drei tage besitzet, den mag man keiner handhafftigen that noch ungerichtes daran gezeihen. — Mit dieser Erklärung läßt sich auch das Statut von Goslar, Art. 24. und 26. (in Leibnit. SS. rer. brunsv. III. p. 495.) vereinen; den Art. 25. aber, mit welchem der verm. Sachssp. I. 39, 4. correspondirt, weiß ich nicht genügend auszulegen. Albrecht (Gewere S. 75—78) hat offenbar diesen Widerspruch im goslarer Statut übersehen; außerdem läßt er die Rechte, in welchen auch nach seiner Ansicht die Gewere durch die Auflassung übergeht, und die doch die dreitägige Session kennen, was diese betrifft, unerklärt. —

31) S. oben Note 16.

32) Schannat. trad. fuld. I. No. 359. (a. 824.) — Signum Vuarmunti, qui hanc chartulam traditionis fieri rogavit — — Item testes qui vestitionem viderunt. Vuarmunti qui in hanc vestitionem consensit. —

33) M. Lupi cod. dipl. civ. et eccles. Bergom. I. p. 859. sqq. (a. 874.) Dem Kloster des heiligen Ambrosius zu Mailand sind Grundstücke übertragen worden; darauf begiebt sich der Abt an den

anderen vorher über das Wesen der Vestitur geäußerten Ansichten zur Bestätigung.

Es ist jetzt noch das Verhältniß der Vestitur zur Auflassung in den Fällen zu erwägen, in welchen das Eigenthum unter der Beschränkung übertragen wurde, daß die volle Ausübung desselben dem Erwerber erst nach dem Tode des Tradenten zufallen sollte, also eine Vergabung von Todes wegen vorlag. Die consequente Durchführung der vorher aufgestellten Grundsätze würde hier zu der Annahme führen, daß die Vestitur erst nach dem Tode des Tradenten geschehen sey, etwa durch dessen Erben oder in Folge der einseitigen Besitzergreifung des Erwerbers. Für beide Fälle finden sich auch Belege [34]), und in einer Urkunde [35]), welche über zwei Traditionen ausgestellt ist, von denen die eine sogleich volle Wirksamkeit erhalten soll, die andere aber auf die angegebene Weise beschränkt ist, wird nur für die erstere eine Vestitur erwähnt. Es kommen jedoch auch davon Beispiele vor, daß bei solchen Verga-

Ort, wo sie liegen, und nimmt vor einem Notar und acht herbeigerufenen Zeugen eine symbolische Handlung vor, wodurch er sich als Herrn des Landes zeigt. — Lupi in der sechsten Note zu dieser Urkunde nennt sie eine symbolische Besitzergreifung „per apprehensionem columnarum domus et glebae", und fügt hinzu, daß, wie aus andern Urkunden erhelle, dieß die damals unter den Longobarden übliche Form eines solchen Actes gewesen sey.

34) Meichelb. l. c. No. 343. (a. 817.) — S. — tradidit atque transfirmavit etc. — Vocatus enim praedictus S. feliciter ex hac luce — hoc — episcopo conperiente jussit obsidere vestituram ad prefatum edum, et factum est ita. — eod. No. 326. (a. 815.) Notitia de traditione, quam fecit R. — et post obitum R. filius ejus Ch. circumduxit et consignavit praedictam terram advocatos — episcopi et in manus illorum vestivit et cum testibus firmavit.

35) eod. l. c. No. 485. (a. 825.)

bungen von Todes wegen die Vestitur sogleich nach der Auflassung ertheilt wurde [36]). Wenn man nun auch hier von der Ansicht ausgehen wollte, daß die factischen Hindernisse, welche der Besitzergreifung u. s. w. etwa entgegen standen, durch die Vestitur hätten entfernt werden sollen; so würde man annehmen müssen, daß diese Handlung, welche an sich zur Erwerbung des Eigenthums nicht nothwendig war, in diesem Fall ohne allen Zweck vorgenommen sey; denn für die Zeit, wo sie geschah, war sie unnöthig, und für die Zukunft konnte sie ihrer eigenthümlichen Bestimmung nach nicht anticipirt werden. — Es läßt sich jedoch dieses Verhältniß auf eine andere Weise genügend erklären. Die Auflassung, welche behufs einer Vergabung von Todes wegen geschah, hatte, was die Uebertragung des Rechts betraf, dieselbe Wirkung, wie jede andere; aber die factische Sicherheit war doch nicht so groß, als wenn sogleich die volle Ausübung des Rechts hinzutrat. Der böse Wille oder die Unkunde der Nachfolger des Tradenten konnten einen Beweis nöthig machen, welcher, wenn derselbe noch lange nach der vollzogenen Auflassung lebte, oft schwer zu führen seyn mußte [37]). Daher findet sich die sehr verbreitete Sitte, dergleichen Traditionen wiederholen zu lassen, bei einer sich darbietenden Gelegenheit oder auf

36) eod. No. 456. (a. 824.) — U. — tradidit medietatem curtiferis et medietatem de silva — — eo modo, ut ipse habeat ad vitam suam in hoc seculo, post obitum vero ejus nullus contradicere valeat domui S. M. sed firmiter confirmatum permaneat. — — Et isti fuerunt ad vestituram, ubi U. — — de eo, quod — tradidit, vestivit missum H. episcopi. — Schannat. trad. fuld. I. No. 118. (a. 796.) eod. No. 348. (a. 823.)

37) Meichelb. l. c. No. 180. (c. a. 800.) — dicebant enim advocati, quod C. — colonias tradidisset —, sed non habeant firmitatem nec in litteris nec in testibus.

ausdrückliche Veranstaltung, je nachdem das Bedürfniß drängte [38]. Eine solche Erneuerung der Auflassung fand z. B. zuweilen statt, wenn die Zuwendung einem geistlichen Stifte geschehen war, vor dem Nachfolger des Bischofs oder Abtes, der sie entgegen genommen hatte [39], oder wenn die Beweismittel verloren gegangen waren [40], oder auch nur eine lange Zeit nach der ersten Auflassung verflossen war [41]. Meistens wurde aber die Auflassung ohne besondere Veranlassung nur aus dem allgemeinen Grunde erneuert, um sich durch die doppelte Zahl der Zeugen und die neue Charte eine größere Sicherheit zu verschaffen [42]. Dieser Zweck konnte nun auch dadurch erreicht werden, daß man eine Handlung vornahm, welche für die Vestitur nöthig war, denn auch hier kamen Zeugen und Urkunden vor. Daraus erklärt es sich, warum eine zu diesem besonderen Zwecke vollzogene Vestitur eben als Wiederholung der Auflassung bezeichnet wird [43], während dieser Ausdruck umgekehrt für die dargelegte Meinung spricht. — Außerdem verband man mit der Vornahme eines solchen Actes den Vortheil, daß sich die Zeugen besser mit dem

---

38) Vgl. app. actt. vett. No. 101. (a. 873.) bei **Baluz.** Capit. II. p. 1494. — Die Erneuerung der Auflassung in L. **Bajuv.** tit. 17. c. 2. hat einen andern Grund: es ist eine Uebertragung angefochten worden, und der Tradent stellt sich zur Vertretung.

39) **Meichelb.** l. c. No. 291. (c. a. 814.) No. 596. (a. 836.)

40) **Neugart.** l. c. I. No. 344. (a. 852.) Dieselbe Urkunde findet sich als Nr. 84. unter den s. g. goldastinischen Formeln und als Nr. 44. im citirten Anhang bei **Baluz.**

41) **Meichelb.** l. c. No. 421. (a. 821.) No. 476. (a. 822.)

42) S. z. B. Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 25. (a. 834.)

43) **Meichelb.** l. c. No. 467. (a. 824.) — — Postea vero misit H. episcopus missos suos — et vestituram acceperunt seu renovationem traditionis.

Gegenstande der Vergabung bekannt machen konnten, und überhaupt mochte es dem Sinne des Volkes angemessen erscheinen, daß es denjenigen, welchen es für den Herrn eines Grundstückes halten sollte, auch einmal in einer bestimmten thatsächlichen Beziehung zu demselben gesehen hatte; nur darf man aus diesem Grunde die Nothwendigkeit der sogleich vollzogenen Vestitur für den angegebenen Fall nicht herleiten: sie erscheint vielmehr nur als eine besonders motivirte Ausnahme. —

Die Vestitur des älteren Rechts erhielt sich nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt [44]; an ihre Stelle trat die Einweisung des Erwerbers in den Besitz des Grundstückes, und zwar unter gerichtlicher Autorität [45]. Stets aber blieb der Grundsatz als Regel bestehen, daß die Auflassung hinreiche, um das Eigenthum an Grundstücken zu übertra-

44) Selbst der Name ging in dieser Bedeutung verloren: man bezeichnete später damit die Auflassung selbst. S. oben Note 22. In einem andern von dem eigentlichen Begriff abgeleiteten Sinn wurde mit *vestitura* ebenso wie mit Gewere der Besitz bezeichnet, (s. Albrecht Gewere S. 64. Note 125.) welche Bedeutung in dem späteren Recht für die ursprüngliche gehalten wurde; (s. II. F. 2. pr.) und auf dieselbe Weise, wie Gewere zuletzt nicht bloß zur Bezeichnung eines Factums, sondern auch eines Rechts gebraucht wurde, so geschah es auch mit vestitura. (S. Meichelb. l. c. No. 1169. (c. a. 1025.) — jus vestiturae tradatur. No. 1213. (c. a. 1030.) — vestituram tradidit. — Den Begriff der rechten Gewere, welche den Schlußstein dieser Entwicklung bildet, ähnlich wie bei den Römern die b. f. possessio mit der actio publ. den der possessio, habe ich nicht mit vestitura bezeichnet gefunden: er ist wohl jünger, als der Gebrauch dieses Wortes in der Bedeutung von Besitz. — Schließlich noch die Bemerkung, daß in den älteren Rechtsquellen das Wort vestitura, in den spätern: investitura vorherrscht.

45) Sächs. Landr. III. 82. §. 2. Sächs. Weichb. Art. 20.

gen [46]); die Einweisung war, wie die Vestitur, nur Folge des erworbenen Rechts, und wenn sie daher den Umständen nach nicht nothwendig oder nicht zulässig war, so schadete ihr Mangel nicht. Dieses ist das Resultat der vorgelegten Untersuchung, wodurch für die Vergabungen von Todes wegen eine Form gewonnen ist, welche, auf der eigenthümlichen Grundlage des deutschen Sachenrechts ruhend, die Möglichkeit derselben bewirkt hat, und wodurch ihnen für die rechtliche Beurtheilung eine bestimmte Stelle angewiesen wird.

II. Die Ansicht, daß die Auflassung von Grundstücken stets im Echteding habe geschehen müssen, hält für die Zeit des älteren deutschen Rechts eine genauere Prüfung nicht aus. Ich glaube überhaupt, daß man zu sehr geneigt ist, die Freiheit der alten Germanen in die Gemeindegewalt aufgehen zu lassen; und namentlich hat Justus Möser, dem sonst alle Ehre bleibe, wohl an die alten Zustände zu genau das Maaß einer ausgebildeten, corporativen Verfassung angelegt. In den Grundzügen, die Tacitus von dem germanischen Wesen giebt, herrscht das Princip der individuellen Freiheit vor, und wie sehr auch die späteren Umgestaltungen eine engere Vereinigung in den Gemeinden begünstigten, so zeigt sich doch auch durchweg die Geltung der Persönlichkeit, vor Allem in dem Fehdewesen, während die allgemeine Gültigkeit der Gesammtbürgschaft noch nicht bewiesen worden ist. — Es ist hier nicht der Ort, das Angedeutete näher zu begründen; aber es reiht

---

46) S. Eichhorn Einleitung in das dt. PR. §. 174. Note b. Mittermaier Grundsätze des gemeinen dt. PR's. §. 144. Phillip Grundsätze des gem. dt. PR's. I. §. 15. S. 177 — 179. Albrecht Gewere §. 8. Vgl. oben Note 30.

sich daran die Meinung, daß im Allgemeinen [47]) der zum Rechte versammelten Gemeinde die Befugniß nicht zugestanden habe, sich in die Uebertragungen des Eigenthums unter Freien zu mischen, oder nur zu verlangen, daß sie vor ihr geschehen mußten, um rechtsgültig zu seyn. Es war dieß eine Angelegenheit der Einzelnen, welche dabei betheiligt waren. Indessen um gesichert zu seyn für den Fall des Streits, mußte es dem Erwerber wichtig erscheinen, daß die Uebertragung selbst und vor Allem der Act, wodurch sie geschah, möglichst bekannt wurde. Um dieses zu erlangen, war es am bequemsten, vor dem im Ding versammelten Volke die Auflassung zu beschaffen. Die Feierlichkeit des Orts war der wichtigen Handlung angemessen, und an Zeugen kein Mangel. Daher finden sich auch aus der älteren Zeit häufige Beispiele davon, daß am genannten Orte Grundstücke übertragen wurden. So mußte nach ripuarischem Rechte [48]), wenn der Käufer eine Urkunde erlangen wollte, diese vor Gericht abgefaßt und die Sache sogleich übergeben werden; und auch in Urkunden ist es häufig ausdrücklich angeführt, daß die Auflassung in der Volksversammlung geschehen sey [49]).

47) Ueber die Auflassung bei der fränkischen Affatomie und dem longobardischen Thinx s. unten §. 7 und 8.

48) L. Ripuar. tit. 59, 1. Si quis alteri aliquid vendiderit et emtor testamentum emtionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet et pretium in praesente tradat et rem accipiat et testamentum publice conscribatur. —

49) Schannat. trad. fuld. I. No. 313. (a. 819.) — facta haec traditio in conventu publico. — Meichelb. l. c. No. 360. (a. 817.) — Surrexit in publico synodo ad F. congregato in praesentia — cunctorum, qui in eodem concilio congregati adesse videbantur et tradidit — Haec sunt testes per aures tracti. — Neugart. I. No. 554. (a. 885.) — Actum — in publico mallo coram A. comite praesentibusque —

Aber weiter darf man auch nicht gehen: ebenso wie die im Gericht vereinte Menge wurde jede andere zahlreiche Versammlung benutzt, um sich den Vortheil der Oeffentlichkeit zu verschaffen. Namentlich diente dazu die zum Gottesdienst zusammen gekommene Gemeinde [50]), wie man denn auch noch heutigen Tags die Bauern nach beendigtem Gottesdienst zusammentreten sieht, um Sachen vorzunehmen, wobei die Anwesenheit Vieler wünschenswerth ist.

Soweit die Quellen eine Uebersicht gestatten, muß man annehmen, daß die Auflassung regelmäßig nur vor besonders dazu rogirten Zeugen geschah, ohne Rücksicht auf den Ort der Handlung. Man wird auf diese Ansicht schon dadurch hingewiesen, daß, wenn eine große Menge zugegen war, meistens eine geringere Anzahl als Zeugen angeführt und bezeichnet wird, (s. oben Note 49 u. 50.); aber auch an directen Beweisen fehlt es dafür nicht. Im ripuarischen Rechte [51]) galt die Vorschrift, daß, wenn jemand sich keine Urkunde hatte verschaffen können über die Erwerbung eines Grundstückes, er die Tradition desselben

---

50) Meichelb. l. c. No. 304. (c. a. 816.) — episcopus consecravit ecclesiam — Tum demum venit — S. coram illa multitudine, qui ad illam celebritatem venerat — et tradidit — et cum testium munitione firmavit, quorum nomina —. eod. No. 306. (c. a. 816.) — confirmavimus traditionem — die dominico ante missam multis quidem populis praesentibus, tamen haec sunt testes per aures tracti.

51) L. Ripuar. tit. 60. De traditionibus et testibus adhibendis. 1. Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessiunculam ab alio comparavit, et testamentum accipere non potuerit, si mediocris res est, cum sex testibus, et si parva, cum tribus, quod si magna cum duodecim ad *locum traditionis* cum totidem numero pueris accedat, et sic eis praesentibus pretium tradat, et possessionem accipiat — —.

vor einer bestimmten Anzahl von Zeugen vollziehen sollte. Es ist zweifelhaft, was der "locus traditionis" bedeute; das Echteding würde gewiß deutlicher bezeichnet seyn, (s. oben Note 48.). Mir ist es sehr wahrscheinlich, daß darunter das zu übertragende Grundstück selbst gemeint sey; wenn auf diesem die Auflassung vorgenommen wurde, so konnten sich die Zeugen von der Beschaffenheit desselben, welche man in den Urkunden sehr umständlich zu beschreiben pflegte, genau unterrichten. — In einem Capitulare von Karl dem Großen [52]) ist vorgeschrieben, daß bei Vergabungen zu frommen Zwecken die Auflassung in der Heimath geschehen müsse vor den gesetzlichen Zeugen; jedoch sollen die früher in der Fremde vollzogenen, wenn sie unangefochten geblieben sind, bestehen bleiben. In einer späteren Verordnung [53]) ist es nur allgemein zur Verhütung von Streitigkeiten verboten, die Auflassung im Geheimen vorzunehmen, eine Bestimmung, welche vielleicht durch die neue Anordnung des Heerbanns hervorgerufen ist. — In dem oben abgedruckten Capitulare Ludwig's des Frommen [54]) sind alle Uebertragungen für gültig erklärt, welche außerhalb der Grafschaft, wo das Grundstück lag, vorgenommen wurden, wenn nur Zeugen hinzugezogen sind. —

52) Capit. II. Caroli M. ai. 803. c. 6. Qui res suas pro anima sua ad casam dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis. Et quae hactenus in hoste factae sunt traditiones, de quibus nulla est quaestio, stabiles permaneant.

53) Capit. I. Caroli M. ai. 809. c. 26. De traditionibus ut in abscondito non fiant propter contentiones diversas.

54) Capit. I. Ludovici P. a. 819. c. 6. — extra eundem comitatum — sive in exercitu sive in palatio sive in alio quolibet loco. — Vgl. J. Grimm RA. S. 557.

In den meisten älteren Urkunden endlich, welche über die Auflassung eines Grundstückes ausgestellt sind, wird nur bemerkt, daß sie vor Zeugen geschehen sey [55]), und zwar sehr häufig an Orten, welche wenigstens nur ausnahmsweise als Gerichtsplätze dienten [56]). Nirgends aber kommt in allen diesen Fällen eine Andeutung davon vor, daß eine Wiederholung der so beschafften Tradition vor Gericht für nöthig gehalten worden sey [57]); erst in späterer Zeit, als sich schon der Grundsatz durchgebildet hatte, daß jede Auflassung eine gerichtliche seyn müsse, um voll-

---

55) S. z. B. Meichelb. l. c. No. 119. (a. 802.) — possessiunculas nostras terrenas — firmiter condonavimus et coram testibus in manus A. episcopi hoc factum firmavimus. — Schannat. trad. fuld. I. No. 348. (a. 823.) — trado coram testibus — facta traditio in monasterio F. —

56) Meichelb. l. c. No. 607. (a. 839.) — Ipse vero R. viriliter circumcinctus gladio suo stabat in medio triclinio domus suae tradiditque — Sehr häufig wurde in der Kirche, in dem Kloster tradirt; s. Neugart. I. No. 351. (a. 854.) Hec traditio facta est in dicto monasterio ante sanctum altarem. — Schannat. l. c. No. 198. (a. 806.) — Meichelbeck. l. c. No. 32. (a. 772.) No. 492. (a. 825.) No. 521. (a. 828.) Doch schloß dieses die Gerichtlichkeit der Handlung nicht nothwendig aus; s. die folgende Note.

57) Daß der Vestitur diese Bedeutung nicht beigelegt werden darf, habe ich oben zu zeigen gesucht; zur Bestätigung führe ich hier zwei Stellen an, nach welchen der im Echteding beschafften Auflassung die Vestitur folgte. Schannat. l. c. No. 313. (a. 819.) — Facta haec traditio in conventu publico in villa S. coram comite et judicibus suis. — Später werden Zeugen aufgeführt „hujusque traditionis nunc vestitionis." — Meichelb. l. c. No. 395. (a. 819.) — omnibus simul audientibus in publico synodo F. congregato ibique coram cuncta congregatione accesserunt ad altare S. M. ipse M. cum parentibus suis et tradidit — ut sit stabilis in perpetuum. — Fidejussores S. A. C. ad vestituram seu firmitatem hujus traditionis perficiendam. — S. noch unten Note 61 und 62.

gültig zu seyn, kommen hiervon Beispiele vor[58]). Jener Grundsatz aber galt schon zur Zeit des sächsischen Landrechts ohne Einschränkung, und blieb auch später bestehen[59]); nur ward es an einigen Orten ein Recht des Stadtraths, daß die Uebertragungen von Grundstücken vor ihm geschahen[60]), welches wohl mit der Erwerbung der kaiserlichen oder landesherrlichen Voigtei zusammenhing.

Die alte Vestitur mußte ihrem Wesen nach auf dem tradirten Grundstücke selbst vorgenommen werden; dadurch wurde die Vollziehung derselben vor Gericht in der Regel unmöglich. Es zeigt sich aber anfangs überhaupt keine Spur davon, daß das Gericht dabei thätig gewesen sey; erst später machte dasselbe auch hier seinen Einfluß geltend. So ließ schon im Jahre 864 der Kaiser, vor dem eine Auflassung geschehen war, durch seine Boten dem Empfänger auf dessen Bitte die Vestitur ertheilen[61]), und kaum ein Jahrhundert später schickte das Gericht, welches jemandem ein Grundstück zugesprochen hatte, seine Boten

---

58) Schannat. vind. litt. I. p. 117. (a. 1174.) — Gercken. cod. dipl. brand. III. No. 10. (a. 1196.) Guden. I. p. 558. (a. 1239.)

59) Sächs. Landr. I. 52. §. 1. Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sie egen noch sine lüde geven. — eod. I. 21. §. 1. — Sächs. Weichb. Art. 55. 61. Verm. Sachssp. I. 25. Kl. Kaiserr. II. 106. Schwäb. Landr. Cap. 312. §. 1.

60) S. z. B. lübsches Recht von 1240. Art. 115. in Westphalen. mon. ined. III. p. 637 sqq.

61) Neugart. I. No. 424. — Tunc ipse N. deprecatus est clementiam nostram, ut missis nostris praecepissemus, eum revestiri de praedicta proprietate ad Ch., quam — L. in praesentiam nostram ei tradidit. Quod et fecimus, tribuendi inde ei missum nostrum vasallum —

ab, um jenen mit der Bestitur zu versehen [62]). Als später dieser Act die bestimmte Form der Einweisung in den Besitz annahm, blieb die Regel, daß sie unter gerichtlicher Autorität geschah. S. oben Note 45.

III. Ueber das Verhältniß der Schrift zur Auflassung mögen hier folgende Andeutungen ihren Platz finden.

1) Der Zweck der Charte konnte in dieser Beziehung ein doppelter seyn: entweder wurde sie zur Befestigung des Rechtsgeschäfts aufgesetzt, welches die causa praecedens für die nachfolgende Auflassung war, oder sie enthielt nur ein Zeugniß über die rechtsgültige Vollziehung der letzteren. Auf den ersten Fall beziehen sich die Gesetzstellen, welche von der schriftlichen Abfassung der Verträge handeln [63]), und die Urkunden, worin eine spätere Uebertragung von Grundstücken versprochen oder angedeutet wird [64]); die Diplome der zweiten Art sind aus dem Bedürfnisse hervorgegangen, den Beweis der feierlichen Auflassung zu erleichtern. Man legte darauf ein solches Gewicht, daß eine Tradition zuweilen wiederholt wurde, um eine Urkunde darüber zu erhalten; (s. oben Note 40).

Diese verschiedenen Bestimmungen der Charte sind aber nicht immer getrennt und auseinander gehalten wor-

---

62) Eod. No. 727. (a. 947.) — Tunc datis nunciis a comite — ad ipsum locum venientes vestituram ab illis — acceperunt. Isti sunt susceptatores. — Isti sunt autem, qui affuerunt et viderunt. Isti possessores erant in eadem hora servi — ibidem relicti P. et V. — eod. No. 749. (a. 963.)

63) L. Alaman. tit. 20. — L. Bajuv. tit. 15. c. 2. 12. 13. — L. Burgund. addit. I. c. 12. — L. Long. Liutpr. VI. 63. — L. Wisigoth. lib. 5. tit. 4. c. 3.

64) S. z. B. app. actt. vett. No. 43. (a. 827.) in Baluz. Capit. II. p. 1427. eod. No. 148. (a. 1044.) p. 1550. — app. Form. Marculfi 57.

den; meistens erreichte man beide Zwecke zugleich, indem man sowohl auf die Stätigkeit des Vertrags als auch der Auflassung Rücksicht nahm: in welchem Fall die Urkunde erst nach der Vollziehung der letzteren aufgesetzt werden konnte. Ein Beispiel hiervon bietet das „chartam levare[65])," welches besonders bei den Saliern und Alemannen gebräuchlich war; erst nach der Aufhebung der Schreibmaterialien wurde die Charte aufgesetzt [66]).

2) Nur ausnahmsweise wurde die Auflassung durch die Charte überflüssig gemacht. Dieß geschah nach dem westgothischen Gesetze [67]) bei der Schenkung entfernt liegender Güter, und wohl allgemein nach dem späteren longobardischen Rechte [68]); doch verlangt dieses eine weitläuftige Untersuchung, die hier nicht gegeben werden kann. — Nur eine allgemeine Ausnahme muß man zulassen: wenn der König ein Grundstück „per praeceptum" übertrug, so ersetzte dieses die Auflassung [69]). Die sehr

65) S. Grupen teutsche Alterth. S. 34. J. Grimm deutsche Rechtsalterth. S. 557. — Muratori ant. ital. I. p. 344. (a. 1029.) II. p. 279. (a. 1080.) V. p. 439. VI. p. 208. — Lupi cod. dipl. II. p. 179. (a. 929.) — Daß diese Form sich nicht bloß auf die Auflassung bezog, zeigt Muratori l. c. IV. p. 590. und die veroner Formel über die Freilassung bei Canciani II. p. 475.

66) Neugart. I. No. 287. (a. 838.) — legitime cartam levavimus et conscribere — rogavimus. — Lupi l. c.

67) L. Wisigoth. lib. 5. tit. 2. c. 6. initio.

68) S. z. B. Lupi cod. dipl. I. p. 859. sqq. (a. 874.) — L. Long. Guidonis 5. 7. — Capit. Lamberti ai. 898. c. 5. bei Canciani V. p. 39.

69) S. app. actt. vett. No. 55. (a. 843.) in Baluz. Capit. II. p. 1440. eod. No. 78. (a. 857.) p. 1466 — per praeceptum solemniter transferre. — No. 100. (a. 871.) p. 1492. — No. 112. (a. 879.) p. 1505. — regio more transferimus. — Mon. boic. coll. nov. I. 1. No. 219. (a. 1007.) — hac nostrae auctoritatis praece-

häufig vorkommenden Diplome, wodurch die Könige die von Privatpersonen vollzogenen Uebertragungen bestätigten und befestigten, beruhten auf derselben Ansicht von der königlichen Gewalt; und ich glaube, daß sich aus dieser Sitte das Friedewirken vor Gericht entwickelt hat: als es in späterer Zeit lästig erschien, für jeden einzelnen Fall die kaiserliche Kanzlei in Anspruch zu nehmen, vertraten auch hier die Grafen und Voigte des Kaisers Autorität. In Italien finden sich die ersten Spuren dieses Instituts, von wo aus es sich wohl über Deutschland verbreitet hat etwa im zwölften Jahrhundert. — Dafür, daß die Charte regelmäßig die Auflassung nicht ersetzen konnte, spricht auch der Umstand, daß nicht einmal das richterliche Urtheil diese Wirkung hatte [70]. Zwar scheint aus manchen Urkunden für die Schrift das Gegentheil hervorzugehen; aber der ungelenke Ausdruck der alten Schreiber, welche namentlich die Zeitfolge nicht immer richtig bezeichneten, und die unvollständige Abfassung der Diplome erklären dergleichen scheinbare Abweichungen. Ein Beispiel möge

---

ptali pagina prout firmius possumus, donamus atque proprietamus —. eod. No. 217. (a. 1007.) — Muratori. antiq. ital. I. p. 57. (a. 960.) eod. p. 578. (a. 1000.) eod. II. p. 977. (a. 842.) eod. V. p. 403. (a. 961.) — Schannat. trad. fuld. I. No. 314. (a. 820.) Neugart. I. No. 364. (a. 856.) No. 366. (a. 857.) — Günther. cod. dipl. rh. mos. I. No. 34. (a. 1002.) Guden. I. p. 350. (a. 976.) p. 364. (a. 982.).

70) S. app. Form. Marculfi 7. — app. actt. vett. No. 16. (a. 783.) in Baluz. Capit. II. p. 1394. — Meichelb. l. c. No. 117. (a. 803.) No. 123. (a. 805.) No. 129. (a. 807.) No. 368. (a. 818.) No. 470. (a. 822.) No. 610. (a. 840.) Muratori l. c. I. p. 299. 488. 489. II. p. 964. (a. 1037.) V. p. 277. 966. — Form. veron. bei Canciani II. p. 473. — Schannat. trad. fuld. I. No. 434. (a. 838.) Neugart. I. No. 749. (a. 963.). Vgl. über das spätere Recht Albrecht a. a. O. §. 7.

hier Platz finden. Der berühmten Schenkung des Odoakers folgte die Eintragung ins Protokoll und die Tradition; dennoch heißt es in der Schenkungsurkunde [71]):

— praesenti donatione in te cum omni jure suo omnibusque ad se pertinentibus jure directo transcribimus adque ad tuum dominium optima profitemur lege migrasse, quos (*sc. fundos*) utendi possidendi alienandi vel ad posteros transmittendi livero potiaris arvitrio. —

71) Marini pap. dipl. No. 82. col. 2. l. 2. sqq.

§. 5.

Von dem Recht der nächsten Erben bei der Veräußerung von Grundstücken.

Die Neigung, welche bei der Beurtheilung altgermanischer Verhältnisse vorherrscht, den damaligen Zustand hauptsächlich auf einen eng geschlossenen Familien- und Gemeindeverband zurückzuführen, hat auch einen wesentlichen Einfluß gehabt auf die Entscheidung der Frage, von welcher Art das Recht gewesen, welches den Mitgliedern einer Familie an dem Grundbesitz ihres Genossen zustand. Zwar kann man wohl die Meinung als veraltet und aufgegeben ansehen, daß mit dem besonderen Recht des Einzelnen ein gemeinschaftliches aller Familienglieder (Gesammteigenthum) verbunden gewesen, auf welchem das alte Erbrecht beruht habe, und es ist wohl vergeblich versucht worden, sie unter einem andern Namen wieder in Aufnahme zu bringen; aber es herrscht doch die Ansicht noch jetzt vor, daß den nächsten Erben als solchen stets eine wohlbegründete Anwartschaft auf den Grundbesitz zugestanden habe, welche ihre Einwilligung in jede Veräußerung regelmäßig nöthig gemacht. Zwar hat Eichhorn [1]) diesen Grundsatz nicht in der angegebenen Ausdehnung anerkannt; aber Hasse [2]) hat sich wieder eifrig und mit Beifall dafür erhoben.

Das soll natürlich nicht in Abrede gestellt werden, daß die Familie eine der wichtigsten Grundlagen des altdeut-

---

1) S. St. und RG. I. §. 57. besonders Note d. §. 68. §. 198. Einleitung u. s. w. §. 99. 157. 174. Note b.

2) S. rhein. Museum II. 2. S. 179. Note 23.

schen Rechts ausmachte; aber daraus folgt noch nicht nothwendig jenes Anrecht der nächsten Erben auf den Grundbesitz. Man hat dasselbe mit einem andern Rechtsinstitut in Verbindung gebracht, welches in das Wesen der Familienverbindung tief eingreift, — mit der Blutrache und deren Compositionen; selbst Eichhorn [3]) nimmt an, „daß die Ansprüche auf die Erbfolge, weil mit dem Rechte auf diese zugleich die Verpflichtung zur Blutrache in Verbindung stand, als unverletzlich betrachtet wurden." Aber wenn auch beide Institute auf dem gemeinschaftlichen Grunde der Sippe beruhten, so ist damit noch nicht ausgemacht, daß sie sich selbst unter einander bedingt haben: die Blutrache hatte keine einseitige Richtung, und der Verpflichtung, den Genossen um das Wergeld zu lösen, stand das Recht des Empfangs gegenüber, wenn für ihn die Buße bezahlt wurde [4]). Es läßt sich außerdem nachweisen, daß die Verpflichtung zum Wergeld und das Erbrecht nicht immer nach denselben Grundsätzen über die Mitglieder einer Familie vertheilt war. — Der Titel des salischen Gesetzes, welcher von der Chrenecrude handelt, heißt die Erde successive über folgende Personen werfen, um sie zur Haft für das Wergeld herbeizuziehen: Vater, Mutter, Bruder, Mutterschwester und deren Söhne (Kinder?); dann über die drei Nächsten von der Linie des Vaters und der Mutter [5]). Die eigene Descen-

3) St. und RG. I. §. 57. Note e.

4) S. Tacit. German. c. 12. — pars multae regi vel civitati, pars ipsi, qui vindicatur, vel propinquis ejus exsolvitur. — c. 21. — luitur enim etiam homicidium certo armentorum pecorumque numero, recipitque satisfactionem universa domus.

5) L. sal. tit. 61, 1. (e cod. fuld.) — Quod si jam pater aut mater seu frater pro ipso solverunt, super sororem tunc matris aut super ejus filios debet illam terram jactare; quod si isti

denz des Verbrechers ist gar nicht genannt; ging die doch noch nach dem bairischen Gesetzbuch [6]) mit dem insolventen Vater in die Hörigkeit über. In dem folgenden Titel [7]) ist die Erbfolge so bestimmt: (Kinder), Vater, Mutter, Bruder und Schwester, Mutterschwester, Vaterschwester, der Nächste von des Vaters Linie; ins Grundeigenthum folgt aber nur der Mannsstamm. — Hält man nun beide Titel zusammen, so ergiebt sich, daß die Verpflichtung zum Wergeld und das Erbrecht nicht stets zusammentrafen in derselben Person, und daß namentlich, während dem Mannsstamm ausschließlich der Grundbesitz zufiel, weibliche Verwandte sogar vor ihm zur Erlegung der Buße angehalten werden konnten. Das Wesen der aus der Blutrache entsprungenen Fehde, an welcher natürlich nur die Männer Theil nahmen, darf hier nicht irre machen. Sie wurde im Interesse der Familie unternommen, ihr Erfolg traf alle Glieder: wenn daher das, was an deren Stelle trat, einen unmittelbaren Antheil

---

non fuerunt, super tres de generatione patris et matris, qui proximiores sunt. — Die Emendata nennt zuletzt nur drei von der mütterlichen Linie; ebenso die pariser Handschr.; die münchner umgekehrt drei von des Vaters Linie; die wolfenbüttler giebt die ganze Stelle unvollständig: Quod si jam pater aut fratris solserunt, tunc super suos filius debit illa terra jactare, super III. de generacionem patris et de matris, qui proximioris sunt.

6) L. Bajuv. tit. I. c. 11, 1.

7) L. sal. tit. 62. De alodis. Auch hier weichen die münchner und wolfenbüttler Handschrift ab. — Welches ist der Schlüssel dieser Successionsordnung? Handeln §. 1—5. vielleicht im Gegensatz zu §. 6. nur von der Nachfolge in das bewegliche Vermögen, und zwar so, daß §. 3. und 4. sich auf die Gerade beziehen, §. 5. aber auf das Heergewette? — Diese Vermuthung wird unterstützt durch L. Ripuar. tit. 56. — L. Angl. et Verin. tit. 6. — Capit. III. Caroli M. ai. 813. c. 40.

des ganzen Hauses zuließ, wurden Last und Vortheil gemeinschaftlich [8]).

Nach dieser Erörterung ist es gestattet, mit größerer Unbefangenheit zu untersuchen, was die älteren Quellen über das Recht der nächsten Erben am Grundbesitz enthalten. Es wird sich daraus das Resultat ergeben, daß die Veräußerung desselben ursprünglich durch die Erben nicht beschränkt war, und der Eigenthümer also ihrer Einwilligung nicht bedurfte, um sie vollgültig zu vollziehen; daß aber die Sitte früh eine Ausnahme von diesem Princip machte zum Besten der Kinder, welche später auch auf entferntere Verwandte ausgedehnt wurde. — In den alten Formelsammlungen wird der ausdrücklichen Einwilligung der Erben nirgends gedacht, und wenn Hasse a. a. O. dagegen einwendet, daß sie auch sonst nicht Alles enthielten, was zu bedenken war; so ist dieses zwar richtig, kann für den vorliegenden Fall aber nur dann von Einfluß seyn, wenn die Nothwendigkeit jener Zustimmung anderweitig nachgewiesen wäre. Das ist aber nicht durch die etwas willkührliche Interpretation einer Stelle des salischen und ripuarischen Gesetzes [9]), welche von

---

8) Abweichend von der Bestimmung des salischen Gesetzes ist die der L. Angl. et Verin. tit. 6. §. 5. Ad quemcunque hereditas terrae pervenerit, ad illum vestis bellica, id est lorica et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere. Ich möchte jedoch die Vererbung des Harnisches u. s. w. nicht als Folge des ererbten Grundbesitzes ansehen, sondern in dem Satze: ad quemcunque hereditas terrae pervenerit — bloß die gemeinschaftliche Bezeichnung des im Anfang des Titels erwähnten filius und proximus paternae generationis consanguineus finden, auf welche das Erbe überging.

9) Man hat die Bestimmung der L. sal. tit. 49., daß die Auflassung bei der Affatomie nach einem Jahre wiederholt werden müsse; und die Worte der L. Ripuar. tit. 48. — *secundum legem*

der Affatomie handeln, geschehen. Es werden vielmehr in einer Formel die Erben ausdrücklich ausgeschlossen [10]); und es ist fast Regel, daß man ihnen, wenn sie eine Veräußerung anfechten sollten, mit Fluch und Geldstrafe droht [11]). Daß durch solche einseitige Androhungen kein gutes Recht genommen werden konnte, war jener einfachen Zeit gewiß eben so einleuchtend, als der jetzigen; aber zum Schutz des Erwerbers vor einem Rechtsstreit und oft schwierigen Beweis mußten sie von großer Wirkung seyn. Und eben als Sicherung gewährend, nicht als nothwendig zur Stätigkeit der Veräußerung stellen sich diese Versuche, die Erben abzuschrecken, dar.

Form. baluziana. 29. — Licet vero in cessionibus minime est necesse poenam inserere, sed tamen pro rei totius firmitate mihi complacuit intimare etc.

Eins der Volksrechte erkennt ganz allgemein dem Freien die unbeschränkte Befugniß zu, sein Erbe auf jeden beliebig zu übertragen:

L. Angl. et Verin. tit. 13. De potestate testandi (?). Libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere.

Das burgundische Gesetz sucht durch eine besondere Vorschrift den leichtsinnigen Verkehr mit Ländereien zu hemmen, welches, wenn die Erben ein Recht dabei geltend zu machen gehabt hätten, kaum nöthig gewesen seyn möchte:

---

ripuariam licentiam habeat — auf das Beispruchrecht der Erben bezogen. — S. unten §. 7.

10) S. Form. Marculfi II. 3. — absque heredum expectata traditione —.

11) Fast jede Formel, welche von der Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken handelt, bietet ein Beispiel; vgl. L. Alam. tit. I. c. 2. — L. Bajuv. tit. I. c. 2.

L. Burgund. tit. 84, 1. Quia cognovimus Burgundiones sortes suas nimia facilitate distrahere, hoc praesenti lege credidimus statuendum, ut nulli vendere terram suam liceat, nisi illi, qui alio loco sortem aut possessiones habet.

Und das Capitulare [12]), welches vorzugsweise von der Veräußerung der Immobilien handelt, verlangt nur die gesetzliche Form zur Gültigkeit derselben, und beschränkt sie, wenn ein gemeinsames Erbe der Gegenstand der Uebertragung ist, nur bis zur Theilung. — Die freie Veräußerung des Grundbesitzes ist ferner durch die Art und Weise angedeutet, in welcher bei der Uebertragung desselben das übergehende Recht beschrieben wird [13]), wenn sich diese Erklärungen auch zunächst auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Tradenten und Empfänger beziehen mögen.

Eine solche freie Verfügung über den Grundbesitz in einer Zeit, wo er vorzugsweise den Mittelpunkt für das bürgerliche Leben ausmachte, setzt sehr einfache und natürliche Verhältnisse voraus. Noch jetzt sehen wir in den Ländern, wo sich der Bauernstand die alte Kraft und Haltung bewahrt hat, eine große Stabilität des Besitzes, und wenn auch die Veräußerung unbeschränkt ist, so wird

---

12) Capit. I. Ludovici Pii ai. 819. c. 6. Vgl. L. Alam. tit. 88.

13) S. app. Form. Marculfi. 14. — ut quicquid exinde a die praesente facere volueris, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem faciendi. — Form. lindenbrogica 50. — in suo jure et dominatione recipere debeat, habeatque tenendi, dandi, vendendi, commutandi heredibusque suis ad possidendum relinquendi liberam in omnibus habeat potestatem. — Meichelb. l. c. No. 206. (c. a. 800.) — tradidit curtem H. filio — et statuit, ut ipse H. potestatem de hoc curte habuisset habendi, possidendi vel tradendi ubicumque voluisset.

sie doch nur in besonderen Fällen von den Genossen günstig beurtheilt; die Liebe zum ererbten Eigen, der Wunsch, für die Seinigen etwas zu erarbeiten, ihnen eine wohlbestellte Hufe zu hinterlassen — sind die gewöhnlichen Beweggründe des Handelns. — Diese natürliche Neigung wird es stets als eine seltene Ausnahme haben erscheinen lassen, daß ohne dringende Ursachen den Kindern der väterliche Hof entzogen wurde. Es geht durch das ganze Recht ein bestimmter Zug, der darauf hinweist; nur stellt er sich anfangs nicht als gesetzliches Verbot dar, sondern als eine Folge der Sitte, und giebt sich namentlich in der Art kund, daß es unnatürlich erschien, wenn Eltern ihr Vermögen durch Freigebigkeit den Kindern entzogen. Eine bairische Urkunde ist hierüber sehr lehrreich [14]. — Schon im ripuarischen Gesetze [15]) wird die Kinderlosigkeit bei der Vergabung des ganzen Vermögens vorausgesetzt, und in einer großen Anzahl von Urkunden wird es ausdrücklich angeführt, daß eben, weil keine Nach-

---

14) Meichelb. l. c. No. 601. (a. 837.) Convenerunt multi nobiles viri in — E. — E. episcopus. L. comes. R. comes. E. comes. R. comes et missus domni regis A. justa judicia decernenda et alii quam plurimi diversas causas dirimandas et finiendas. Ibi in praesentia cunctorum — advocatus — episcopi — interpellabat nobiles viri I. et E. pro eorum hereditatem, quod habuerunt ad O. et P. dicens, quod avus eorum I. et pater eorum R. — tradidissent —. Illi vero fortiter resistebant et contradicebant —. Sed — E. episcopus et advocatus ejus O. — plenum testimonium testium habuerunt. Proinde inito consilio supradicti viri credebant semetipsis se ad placandum et conciliandum cum — episcopo —. aliis vero in ipso placito supplicantibus benignissimus episcopus misericordia motus et conpunctus noluit eos per omnia hereditate privare nec exheredes facere, sed consuluit paupertati eorum et ita fieri permisit — —.

15) L. Ripuar. tit. 48.

kommen vorhanden wären, eine Zuwendung gemacht werde. Aus diesem Grunde rathen in einer bairischen Urkunde [16]) die Verwandten zur Tradition; in andern Fällen wird die Kinderlosigkeit als die Veranlassung der Vergabung angegeben [17]), und häufig eine Zuwendung so bedingt, daß, wenn Kinder geboren würden, sie zurückgehen solle [18]), oder umgekehrt mit besonderem Nachdruck hervorgehoben, daß sie auch gelten solle, wenn die Schenker beerbt würden [19]).

Dieser Schutz, den die Kinder in der natürlichen Liebe der Eltern und in der Sitte fanden, ward geschwächt und zum Theil gebrochen durch die Neigung, welche sich seit der Einführung des Christenthums kund gab, zum Heil seiner Seele der Kirche irdische Güter zuzuwenden. Es ist gewiß eine höchst einseitige Auffassung, wenn man sich die Geistlichen allein außer ihrer Zeit gestellt denkt, und ihnen bloß Habsucht und Heuchelei aufbürdet, statt anzunehmen, daß auch sie die frommen Gaben für eine dem Seelenheil des Schenkers nützliche, ja nothwendige Hand-

---

16) Meichelb. l. c. No. 488. (a. 825.) — J. — consiliavit — ut de suo proprio — aliquam veniam — adquireret. Tunc placuit omnibus parentibus et amicis suis talis voluntas in eo, ac suaderunt eum ita perficere, eo quod legales filios genitos non habuit.

17) Schannat. trad. fuld. I. No. 636. (a. 1145.) — vind. litt. I. p. 56. (a. 1098.) — p. 115. (a. 1122.) — Günther. cod. dipl. rheno-mos. I. No. 33. (a. 1000). — Muratori. ant. ital. II. p. 249. (a. 910.) III. p. 1009. (a. 763.)

18) App. actt. vett. No. 86. (a. 860). in Baluz. Capit. II. p. 1474. — Meichelb. l. c. No. 115. (a. 803.). — Muratori l. c. III. p. 1135. (a. 1120.). — Guden. II. p. 199. (a. 1277.)

19) Meichelb. l. c. No. 627. (a. 843.) — Guden. II. p. 97. (a. 1251.)

lung gehalten, und zugleich die damit verbundenen Umstände zu würdigen gewußt haben. Aber es lag ihnen allerdings auch das besondere Streben unter, ihren Stand und die Kirche mächtig, einflußreich zu machen, und eine sündige Begierde nach Reichthum mochte oft genug bei dem Einzelnen vorwalten. Wenn daher auch lange Zeit der Wunsch und der Eifer vorherrschend blieb bei den Mächtigen, die Kirche auch durch äußere Güter möglichst glänzend zu stellen [20]; so mußten doch auch die verderblichen Folgen der unbesonnenen Zuwendungen an dieselbe, durch welche oft die heiligsten Pflichten gegen die Familie verletzt wurden, und diese sich von der Hoffnung auf ein reichliches Auskommen an den Bettelstab gebracht sah, gefühlt und beachtet werden. — Man hätte die Aufzeichnung der Volksrechte benutzen können, um eine Freigebigkeit, die in der Zeit begründet war, mit der Sitte und dem Bedürfnisse des Lebens in ein gehöriges Verhältniß zu bringen; aber der Einfluß der Geistlichkeit wußte sich auch hier geltend zu machen. Das alemannische Gesetz [21] gestattet die Vergabungen an die Kirche ohne alle Beschränkungen; das burgundische [22] erlaubt dem Vater die

20) Einzelne Züge von dem Hasse gegen die Geistlichkeit, wie z. B. Gregor von Tours, (hist. Franc. VI, 46.) von König Chilperich erzählt, können den allgemeinen Charakter der Zeit nicht verwischen.

21) L. Alam. tit. 1, 1. Si quis liber res suas vel semetipsum ad ecclesiam tradere voluerit, nullus habeat licentiam contradicere ei, non dux, non comes, nec ulla persona — — et proprietas de ipsis rebus ad ipsam ecclesiam in perpetuum permaneat.

22) L. Burgund. tit. 1, 1. — uno voto et voluntate decrevimus, ut patri etiam antequam dividat, de communi facultate et de labore suo cuilibet donare liceat, absque terra sortis titulo acquisita —. Vgl. eod. tit. 25, 5.

Schenkung an jeden Dritten, und nimmt nur bis zur Abtheilung der Kinder das vom eroberten Land ihm zugetheilte Loos aus, dem aber an einer andern Stelle [23]) andere Besitzungen entgegengestellt werden; das bairische Gesetz [24]) hat diese Beschränkung allgemein, auch für fromme Vergabungen angenommen, und aus Urkunden [25]) sieht man, daß den Söhnen hier die Hälfte des Vermögens zukam. — Entschloßner griff Karl der Große ein, der in einem scharfen Tone Auskunft verlangte von der höhern Geistlichkeit, wie es sich mit ihrem Stande vertrage, daß sie durch die Berückung einfältiger Menschen deren Nachkommen von dem väterlichen Erbe und so zu einem lasterhaften Leben trieben [26]). Schon früher hatte er es verboten, die armen Leute durch Bedrückungen zur Veräußerung ihrer Güter zu zwingen [27]), und in einem Concilium zu Mainz den Beschluß durchgesetzt, daß denjenigen, welche durch ihre Eltern auf fremden Betrieb vom Erbe ausgeschlossen wären, Wiedererstattung verschafft

---

23) eod. tit. 84, 1. — sortem aut possessiones —.

24) L. Bajuv. tit. 1. c. 1. Ut si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad ecclesiam pro redemptione animae suae, licentiam habeat de portione sua, postquam cum filiis suis partivit.

25) Meichelb. l. c. No. 113. (a. 794.) No. 115. (a. 802.)

26) Capit. II. Caroli M. ai. 811. c. 5.

27) Capit. III. Caroli M. ai. 805. c. 18. De oppressione pauperum liberorum hominum, ut non fiant a potentioribus per aliquod malum ingenium contra justitiam oppressi, ita ut coacti res eorum vendant aut tradant. Ideo haec et supra et hic de liberis hominibus diximus, ne forte parentes contra justitiam fiant exheredati, et regale obsequium minuatur, et ipsi heredes propter indigentiam mendici vel latrones seu malefactores efficiantur. — —

werden sollte durch die kaiserliche und geistliche Macht [28]). Zu dieser Classe von Verordnungen rechne ich auch

L. Saxon. tit. 15. De traditionibus. §. 1. Traditiones et venditiones omnes legitimae stabiles permaneant. §. 2. Nulli liceat traditionem haereditatis suae facere *praeter ad ecclesiam vel regi*, ut haeredem suum exhaeredem faciat; §. 3. nisi forte famis necessitate coactus, ut ab illo, qui hoc acceperit, sustentetur. mancipia liceat illi dare ac vendere.

Der erste Paragraph stellt die Regel auf; der zweite enthält rücksichtlich der Traditionen, worunter hier nicht die Auflassung, sondern die Vergabung zu verstehen ist, (s. unten §. 9. zu Anfang) eine Ausnahme zum Besten der Descendenten, (s. oben §. 3. Nr. II. a.) welche wieder durch den dritten insofern beschränkt wird, als die Uebertragung gegen lebenslänglichen Unterhalt im Fall echter Noth freigelassen ist; für die Hörigen, welche sonst regelmäßig nach denselben Grundsätzen, wie der Grundbesitz, beurtheilt wurden [29]), soll die Bestimmung des §. 2. über-

28) Capitt. lib. II. c. 31. (ex concil. mogunt. sub Carolo M. c. 6.) — placuit nobis de orphanis et pauperibus, qui debite vel indebite dicuntur amisisse hereditatem paterni vel materni juris ad se legibus pertinentem, si alicubi inventi fuerint quos patres vel matres propter traditiones illorum exheredes fecerunt, aliorum scilicet suasionibus aut petitionibus vel aliquo ingenio, omnino volumus atque decrevimus emendari, quantum ad nos vel ad nostram pertinet potestatem, juxta voluntatem dei *et vestram sanctam admonitionem et considerationem;* ut si forte extra officium nostrum alicubi inventum fuerit, admonere vestram clementiam audeamus ut emendetur.

29) Capit. II. Caroli M. ai. 810. c. 15. — Capit. III. Caroli M. ai. 812. c. 4. — L. Long. Caroli M. 37. — Sächs. Landr. I. 52. §. 1. — Vgl. Capit. I. Caroli M. ai. 806. c. 11.

haupt nicht gelten. — Was im zweiten Paragraphen sich findet, „praeter ad ecclesiam vel regi", halte ich unbedenklich für einen Zusatz, der jünger ist als die erste Redaction des Gesetzes. Nur gegen die Kirche konnte damals jene Beschränkung der Vergabungen hauptsächlich gerichtet seyn; aber sie strebte sich davon frei zu machen, und mochte den König zur eignen Sicherung in ihr Interesse zu ziehen suchen.

Schon Ludwig der Fromme sah sich genöthigt, den Geistlichen bei Strafe zu verbieten, keine Zuwendung von denjenigen anzunehmen, deren Kinder und Verwandte dadurch um ihr Eigenthum gebracht würden (rerum propriarum exheredari) [30]. Es ist hier nicht von der Entziehung der künftigen Erbschaft die Rede, sondern von der unbefugten Vergabung fremder Güter, wie sie bei Verwandten vor der Abtheilung leicht vorkommen konnte; (s. oben §. 3. Nr. IV. b.). Wenn Karl erst vor wenig Jahren nur die erschlichenen Gaben für ungültig hatte erklären lassen zum Besten der Kinder, so läßt es sich von dem frommen Ludwig nicht erwarten, daß er dieses Verbot allgemein gemacht, auch für entferntere Verwandte gültig erklärt, und mit kirchlicher und weltlicher Strafe bedroht habe. Aber nach der versuchten Erklärung ist hier bloß einer offenbaren Rechtswidrigkeit entgegen getreten. — Ein Beispiel solcher unbeikommenden Vergabung findet sich in

---

30) Capit. Ludovici P. ai. 816. c. 7. Statutum est ut nullus quilibet ecclesiasticus ab his personis res deinceps accipere praesumat, quarum liberi aut propinqui hac inconsulta oblatione possint rerum propriarum exheredari. Quod si aliquis deinceps hoc facere tentaverit, ut et acceptor synodali vel imperiali sententia districte feriatur, et res ad exheredatos redeant.

einer bairischen Urkunde [31]). Auf die von den Verletzten erhobene Klage ist der Bischof sogleich bereit, ein anderes Grundstück zum Ersatz zu geben, während in einem andern Falle jemand, der die Schenkung seines Oheims nicht anerkennen wollte, welche dieser wider den Willen seines Bruders, der des Beklagten Vater war, gemacht hatte, — sogleich vom Gericht zur Uebergabe verurtheilt wird [32]). — Im Gegensatz zu dem, was vorher angeführt ist,

31) Meichelb. l. c. No. 397. (a. 819.) — P. et T. interpellabant — episcopum de rebus ecclesiasticis in loco S., quas ab antecessoribus illorum domui S. M. traditas esse dinoscuntur, ipsique jam dicti P. et T. dicebant, quod inter his rebus illorum causa mixta esset, quas antecessores illorum cum justitia et lege in ullo loco tradere non potuissent. Interveniens hoc pius pontifex A. et donavit eis territorium proprium domui S. M. in alio loco —.

32) eod. No. 117. (a. 803.) — in mallo publico — advocatus A. episcopi — interpellabat quendam hominem nomine Reginperhtum filium Scattonis eo quod injustae usurparet sibi res sanctae ecclesiae — quas Kejo patruus praedicti R. ibidem pro redemptione animae suae coram testibus tradidit, et ipse R. praesens adstabat et ipsas in hereditatem propriam retinere temptabat. Tunc praesentes inventi sunt testes, qui testimonium inde proferebant dicentes — —: „Scimus quia tres germani fuerunt et uno defuncto duo superstites fuerunt fratres, et dividere debuerunt aequaliter inter se ipsam hereditatem defuncti fratris Scatto et Proapo. sed antequam divisio haec facta est, et mortuus est P. relinquens portionem suam filio suo Kejoni, et ipse K. bene valens portionem, quod ei accidere debuit contra patruum suum, tradidit deo —. Sed nolente K. renuit omnia haec S. et reliquit filio suo Reginberto." Tunc ipsi missi cum O. judice et ceteris veracibus hominibus tractaverunt, pro qua causa R. possidere debuisset portionem nepotis sui K. hereditas, quod ipse pro anima sua deo tradidit —. Tunc convictus cum lege et justitia R. de presente reddidit advocato ipsius episcopi E. loca A. K. et in G. etc. — eod. No. 331. (a. 816.) No. 345. (a. 816.)

kommen in der Sammlung des Leviten zwei Stellen vor [33]), in welchen jede Seelgift ohne Ausnahme als gültig anerkannt und mit der Androhung geistlicher Strafen geschützt wird. Man sieht hier den Kampf zwischen der geistlichen und weltlichen Macht beginnen, der, später um die Herrschaft selbst geführt, sich noch auf untergeordnete Verhältnisse beschränkte.

Es ist hier noch eine Stelle aus dem sächsischen Volksrechte, wie es unter **Karl dem Großen** aufgezeichnet wurde, zu erwägen, weil man geglaubt hat, darin das Recht der Erben am Grundbesitz in einem weiten Umfange anerkannt zu finden.

L. Saxon. tit. 17. De exulibus. Liber homo, qui sub tutela nobilis cujuslibet erat, qui jam in exilium missus est, si haereditatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo; si ille emere noluerit, offerat tutori suo vel ei, qui tunc a rege super ipsas res constitutus est. Si nec ille voluerit, vendat eam cuicunque voluerit.

Diese Stelle handelt von einem ganz singulairen Fall; sie enthält beschränkende Bestimmungen für denjenigen, welcher früher unter dem Schutz eines Adeligen gestanden, nachher verbannt ist, und nun seinen Grundbesitz verkaufen will. Daß hier keine allgemeine Vorschrift gegeben sey, erhellt theils aus der Ueberschrift: De exulibus; theils aus dem Satze: „qui jam in exilium missus est"; (diesen auf nobilis zu beziehen, ist deswegen nicht angemessen, weil der später erwähnte „tutor", dem das Grundstück angeboten werden soll, wohl eben der Nobilis mit der Tutela ist: denn der wahre Vormund würde selbst die

33) Capitt. lib. VI. c. 392. 428.

Veräußerung vorzunehmen haben und auch regelmäßig mit dem „proximus" dieselbe Person seyn) es geht endlich aus der Bezeichnung der dritten Person hervor, welche das Recht des Vorkaufs haben soll: „qui tunc a rege super ipsas res constitutus est", worunter ein solcher zu verstehen, der vom Könige zum Güterpfleger des Verbannten bestellt worden ist [34]. Daß nur ein freier Mann überhaupt über sein Grundeigenthum verfügen konnte, versteht sich [35]; was aber mit der tutela nobilis gemeint sey, ist schwer zu sagen. Eichhorn (St. u. RG. I. §. 68.) bezeichnet sie als Mundium (vorausgesetzt, daß auch er den Tutor, welchem angeboten wird, für den adeligen hält); wenn man aber, wie dieser Gelehrte thut, den alten Adel für erblich hält, so ist es schwer einzusehen, wie ihm der Inbegriff der Familienmacht über den Freien

---

34) Eichhorn (St. u. RG. I. §. 57. Note f. §. 68. 1.) leitet aus dieser Stelle die allgemeine Regel her, daß bei der onerosen Veräußerung von Grundstücken dem nächsten Erben ein gesetzliches Vorkaufsrecht zugestanden habe; später (Einleitung §. 99. Note e. §. 157. Note t.) wird die Stelle so erklärt, daß er in eine solche Veräußerung habe einwilligen müssen, wenn sie aus Noth geschah, und er die Sache nicht selbst kaufen wollte. — Ich verweise dagegen auf die im Text versuchte Interpretation, welche auch besser mit den vorher gefundenen Resultaten übereinstimmt. — Eichhorn beruft sich noch zur Unterstützung seiner Ansicht auf das wormser Dienstrecht art. 2. 6. (bei Schannat. hist. episc. wormat. cod. prob. p. 44. und Walter. corp. jur. germ. ant. III. app. 5.). Aber theils ist dieß Statut viel jüngeren Ursprungs, ungefähr vom Jahre 1024; theils scheint die betreffende Stelle, (art. 2.) sich bloß auf die zu Erbleihe ausgegebenen Güter zu beziehen. Vgl. noch eod. art. 11. — Das longobardische Recht, namentlich L. Rotharis. 173. wird unten §. 8. abgehandelt werden.

35) Capit. III. Caroli M. ai. 803. c. 10. Ut nec colonus nec fiscalinus possint alicubi traditiones facere.

zustehen konnte. Eher möchte ich an das alte Dienstgefolge denken, welches der Freiheit nicht schadete [36]; so alte Zustände konnten sich bei den Sachsen bis zur Eroberung wohl erhalten haben, und die nicht ganz passende Bezeichnung fiele dem vielleicht fränkischen Schreiber zur Last. — Der Verbannte also war beschränkt in der Veräußerung seines Grundbesitzes; aus der Gemeinde ausgeschlossen, konnte er nicht als vollberechtigt in ihr erscheinen: sein Gut wurde durch einen Pfleger verwaltet, und nur im Fall der Noth durfte er es veräußern. Aber er stand, fern der Heimath, unter fremdem Einflusse, mochte oft weniger geneigt seyn, mit den Nächsten ein billiges Abkommen zu treffen. Darum erscheinen die Vorschriften des Gesetzes, aus dem besonderen Bedürfnisse hervorgegangen, angemessen; und so als Ausnahme aufgefaßt, befestigen sie die gegenüber stehende Regel. —

Die vorhergehende Untersuchung hat zu einem Resultate geführt, welches sehr verschieden ist von der Lage der nächsten Erben im späteren deutschen Rechte; es muß daher eine allmählige Umgestaltung der angegebenen Verhältnisse statt gefunden haben, welche in ihren wesentlichen Zügen nachgewiesen werden kann. — Es ist schon früher gezeigt worden, daß die Abschreckung der Erben von der Anfechtung einer Veräußerung durch Fluch und Geldstrafen den Zweck hatte, den Erwerber vor einem vielleicht lästigen und gefährlichen Rechtsstreit sicher zu stellen. Dasselbe wurde erreicht, wenn die wahrscheinlichen Erben an der Veräußerung Theil nahmen, etwa die Auflassung mit vollzogen oder wenigstens dabei gegenwärtig waren. Hiervon finden sich nun in den Urkundensammlungen häufige

---

36) Tacit. Germ. c. 13. — nec rubor, inter comites adspici.

Beispiele 37). Ueberhaupt war die Veräußerung eines Grundstückes eine so wichtige Begebenheit in einer Zeit, wo der Verkehr sich in sehr engen Grenzen bewegte, daß die innige Verbindung, worin die deutsche Familie stand, gerade hierbei ein gemeinschaftliches Handeln sehr natürlich erscheinen läßt. So erblicken wir im alemannischen Gesetz 38) die ganze Sippe bei einem Streit über Grundstücke gegenwärtig, und in vielen Urkunden zeigen sich deutliche Spuren, daß der Veräußerung nicht selten eine Art von Familienrath vorherging, der überhaupt im alten Rechte zuweilen durchblickt. Namentlich die bairischen Diplome sind in dieser Materie sehr ausführlich, und gestatten eine nicht zu weitläuftige Begründung, während in anderen dieselbe Richtung nur sehr leise angedeutet ist. — Bei einer beabsichtigten Vergabung wurden die Verwandten wegen einiger Bedenklichkeiten der Söhne zu Rathe gezogen, und später waren sie bei der Auflassung selbst gegenwärtig 39); Aehnliches geschah, als jemand eine Hö-

---

37) Meichelb. hist. frising. p. 59. (a. 758.) — advocata conjuge et filio meo A. simul cum aliis parentibus meis, cum eorum consilio et consensu et eorum manibus impositis, quicquid proprie hereditatis habere videbar in loco — firmiter tradidi. — Schannat. trad. fuld. I. No. 192. (a. 80[illegible].) eod. No. 412. (c. a. 870.) Günther. cod. dipl. I. No. 49. (c. a. 1030.)

38) L. Alam. tit. 84.

39) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 13. (a. 765.) — ego — P. vir nobilis congregavi multitudinem parentum meorum nobilium virorum, per quandam dubitationem filiorum meorum consiliavi cum illis, sicut ipsi consilium eorum mihi per fidem dederunt, ut hereditatem meam domui S. M. tradidissem. Interea contigit, ut condictum est publicum synodum seu alium placitum ad F. fieri, et ego P. veniens veniebam cum parentibus et fidelibus meis — et — — coram omni clero seu parentibus meis confirmantibus firmiter et indubitanter tradidi —

rige der Kirche, mit der er einen Sohn gezeugt hatte, zugleich mit diesem durch eine Zuwendung erwerben wollte [40]). Ein anderer, welcher der Kirche eine Schenkung machen wollte, ward darin von seinen Verwandten bestärkt, weil er keine Kinder hatte [41]); und eine Vergabung wurde gemeinschaftlich mit dem Sohne vollführt, nachdem die andern Freunde vorher zu Rathe gezogen waren [42]). Zuweilen findet es sich, daß mit den Verwandten die Art und Weise, wie die Vergabung vorzunehmen sey, besprochen wurde [43]), und noch in einer Urkunde, die um das Jahr 1000. ausgestellt ist, wird bemerkt, daß sie auf den Rath der Verwandten vollzogen ist [44]).

---

40) eod. No. 417. (a. 821.) — T. — necessitate conpulsus adherebat genitialis feminae, S. M. famulae, M. nomine, et cum ipsa filium procreavit, — quem ingenti animo in corde adamavit. Idcirco coepit cum propriis propinquis suis consiliare, qualiter jam dictam amicam suam M. conquirere a — episcopo simul cum filio potuisset. Inito quoque consilio, ut partem propriae hereditatis — — domui S. M. tradidisset. Hoc acto consilio venerunt ad pium pontificem H. et haec omnia adnunciaverunt. Hoc quoque venerabilis vir audiens gratanter accepit et fieri permisit. — — Ipseque — T. congregata turma parentorum cum consilio E. fratris sui — pervenerunt ad T. — et tradidit proprium territorium. —

41) eod. No. 488. (a. 825.) — Tunc placuit omnibus parentibus et amicis suis talis voluntas in eo, ac suaderunt eum ita perficere, eo quod legales filios genitos non habuit. S. oben Note 16.

42) eod. No. 705. (a. 855.) — inito consilio cum cognatis et amicis, quandam traditionem feci — propria manu cum filio meo —.

43) eod. No. 306. (c. a. 816.) — Cogitavi mecum, ut de hereditate — ad domum S. M. — tradidissem. tractavi cum fratribus et parentibus meis, — ut eo modo hoc fecissem, si mihi — episcopus in beneficio praestasset ecclesiam — in P.; consilio quidem inito pervenimus ad — episcopum etc. — eod. No. 395. (a. 819.)

44) Meichelb. hist. frising. I. p. 201. — ego R. presbyter — tradidi — per manum advocati nec non germani mei — prae-

Man muß sich wohl hüten, dieser Theilnahme der Familie eine größere Bedeutung beizulegen, als sie wirklich hatte; die Ausdrücke schwanken sehr, und consentire, collaudare wird auch von der Thätigkeit der Zeugen bei der Auflassung gebraucht [45]). Daß der Veräußerer an den Rath und die Einwilligung seiner Verwandten nicht gebunden war, ergiebt sich, abgesehen von dem, was oben darüber gesagt ist, aus dem Umstande, daß Beides, wenn es überhaupt erwähnt wird, nur als Vorbereitung zum Geschäft, nicht aber als nothwendige Bedingung desselben dargestellt wird, und dann aus der Stellung, welche die Verwandten einnahmen, wenn der Freund schwer krank oder alterschwach war. Dann wurden sie nicht willkührlich hinzugezogen, sondern durch ihre Hand geschah die Auflassung; sie hatten die Macht sie zu verhindern, — wovon in den früheren Beispielen gar keine Andeutung vorkam [46]). — Daß übrigens auch andere Beziehungen,

---

sentibus etiam quam plurimis consulentibusque consanguineis meis, quidquid proprietatis jure legitimo habui et possedi in villa Z. —

45) Meichelb. l. c. p. 52. (a. 753.) — coram testibus seu caeteris adstantibus atque haec consentientibus. — eod. pars instr. No. 1182. (c. a. 1025.) — cum consensu omnium, qui aderant —. No. 1255. (a. 1096.) — vidente ac id collaudante probabilium personarum non parva multitudine.

46) Meichelb. l. c. No. 50. (c. a. 775.). Ego S. ad ultimum deductus per consensu genitoris mei T. proprium alodem per manus A. episcopi ad — ecclesiam — tradedi —. Hujus post obitum — solemnia in more celebratione ipse praenotatus genitor confirmavit — ceteris consentientibus sobolis nec non et parentorum turma adstante —. eod. No. 146. — ego T. presbyter magna egritudine depressus, etiam ad ultimum vitae deductus — ecclesiam cum tota integritate tradedi —. Jam enim graviter dolore conpulsus ambulare non potui, cum adductus ad domum S. M. fui, hanc traditionem per manus amicorum vel proximorum

als verwandtschaftliche, die Einwilligung in eine Veräußerung nöthig machen konnten, braucht hier bloß angedeutet zu werden.

Wenn das nun festgehalten wird, daß die Verwandten zu allen Zeiten häufig bei den Auflassungen thätig oder wenigstens gegenwärtig waren, so ist das Mittel gefunden, um das Recht der nächsten Erben in seiner allmähligen Entwickelung darzulegen. Der erste Anfang dazu war die Neigung, den Kindern ihr Erbrecht zu bewahren; wenn diese fehlten, so konnte es leicht geschehen, daß die Nächsten in der Sippe aus der ähnlichen Lage ein gleiches Recht herzuleiten suchten, und je häufiger sie an den Auflassungen Theil nahmen, sey es aus Interesse für den Veräußerer, oder um den Erwerber vor späteren Ansprüchen zu sichern; desto leichter konnte die Meinung aufkommen, daß ihre Zustimmung eine nothwendige sey. — Dieser Zug des Rechts läßt sich bis zum zwölften Jahrhundert in seiner Entwickelung verfolgen; bei mannigfachen Schwankungen stellt er sich stets als fortschreitend dar. Für das bairische Recht, welches wegen der vorher aus demselben entlehnten Beweisstellen hier besonders interessant ist, kann der Endpunkt bestimmt nachgewiesen werden. — Ums Jahr 1040. willigen die Söhne nicht bloß in die Veräußerung ein, sondern sie leisten auch einen förmlichen Verzicht auf das Grundstück [47]),

---

meorum perfeci, ita ut mea petitione — ipsam traditionem super altare — posuerunt —. Vgl. Schannat. trad. fuld. I. No. 637. (a. 1147.). — No. 641. (a. 1150.). — Wormser Dienstrecht. Art. 11; (s. oben Note 34.)

47) Meichelb. l. c. No. 1213. — Traditione autem ista peracta et testibus per aures tractis, illi tres fratres, ejusdem feminae filii, legitimam abdicationem illius praedii — fecerunt. — Vgl. Günther cod. dipl. II. p. VI. (a. 1095.)

worin eine Anerkennung ihres gegenwärtigen, festen Rechtes liegt, und zwischen den Jahren 1052. und 1078. giebt ein Bruder zugleich mit seinem Sohne nur unter einer hinzugefügten Bedingung seine Einwilligung in die Veräußerung [48]), woraus erhellt, daß es in seiner Macht stand, sie ganz zu verweigern. — Im weitesten Umfange ist das Recht der nächsten Erben am Grundbesitz im sächsischen Landrecht [49]) ausgesprochen, später findet es sich schon wieder im Abnehmen begriffen [50]).

---

48) Meichelb. eod. No. 1240. Traditio praedii M., quod Piligrimus comes — delegavit —. quae etiam traditio — peracta est — praesentibus et hoc conlaudantibus scilicet Cuonone fratre Piligrimi et ejus filio C., qui etiam eandem traditionem sub hac faciebant et confirmabant conditione etc. Vgl. Guden. I. p. 98. (a. 1131.) — Matrona — allodium suum — per manum mariti sui S., in cujus mundiburdio ipsa et bona ejus habebantur, deo et nobis optulit. Huic autem traditioni A. frater ejusdem domine, qui ad idem allodium jure hereditario respiciebat, adeo voluntatem et assensum suum adhibuit, ut etiam bonis ipsis spontaneus et libens resignavit. —

49) Sächs. Landr. I. 52. §. 1. — I. 6. §. 2.

50) S. Kl. Kaiserr. II. c. 11. 18. 103. — Schwäb. Landr. cap. 62. §. 2. 260. §. 2. 296. 300. 308. §. 1. 311. §. 3. — Sächs. Weichb. Art. 20. 61. — Verm. Sachssp. I. 5, 1. — 14, 2 und 4. — 26, 2. — Lübsch. Recht von 1240. Art. 9. 154. — Vgl. R. von Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sa[chs]ssp's. Berlin 1828. §. 40—44.

§. 6.

Von den Wirkungen der Vergabungen von Todes wegen, insbesondere von dem Gesammteigenthum.

Als das Mittel, wodurch die Vergabungen von Todes wegen im älteren deutschen Recht beschafft wurden, ist schon oben die feierliche Auflassung bezeichnet worden; das folgende Kapitel ist zum Theil dazu bestimmt, dieses im Einzelnen nachzuweisen. Die allgemeine Wirkung dieses Actes läßt sich so angeben, daß demjenigen, zu dessen Besten er vorgenommen wurde, dadurch ein dingliches Recht [1]) an einem Grundstücke eingeräumt ward. Dieser

---

1) Es hat sich in der letzten Zeit ein eifriges Bestreben gezeigt, diejenigen Ausdrücke vom Gebiete des deutschen Rechts fern zu halten, welchen eine Bedeutung unterliegt, die dem Wesen desselben nicht entspricht. Dieses verdient, vom wissenschaftlichen und nationalen Standpunkte aus betrachtet, gewiß alle Anerkennung. Aber Besonnenheit ist auch hier vor Allem nöthig. Wenn man auch zugeben wollte, daß die Aufgabe, dem deutschen Recht eine selbstständige Terminologie zu vindiciren, so weit dieß bis jetzt versucht ist, auf eine befriedigende Weise gelöst sey; so steht doch immer noch zur Frage, in wieweit man dem Hauptziel dieser Bemühungen dadurch näher gekommen. Einerseits wird ein allgemein anerkanntes, lebendiges Recht offenbar nicht durch eine Terminologie getragen, welche in frühern Zeiten vielleicht die herrschende, dem Verständniß der Gegenwart entfremdet ist; andrerseits ist es nicht weise, in einer noch keimenden Wissenschaft den Zwang zu sehr vorwalten zu lassen. Nur wo einem Worte ein bestimmter, positiver Begriff unterliegt, der einem verwandten Institute des deutschen Rechts widerstrebt, ist consequente Abwehr Pflicht; wenn sich aber Ausdrücke finden, welche im Allgemeinen ein Verhältniß bezeichnen, dessen Grundzüge auch dem deutschen Rechte inwohnen: so ist es gewiß er-

Satz bildet den Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung; er reicht aber zu einer vollständigen Durchführung nicht aus. Die Vergabungen von Todes wegen hatten das besondere Ziel, jemandem eine Sache so zuzuwenden, daß ihm ein gesichertes Recht daran eingeräumt werde, ohne den Veräußerer während seines Lebens in der Benutzung derselben zu hindern. Die erste Aufgabe erscheint durch die angewandte Form der Auflassung vollständig gelöst; aber schwieriger ist die Beantwortung der Frage, auf welche Weise sich das Rechtsverhältniß des Auctors gestaltet habe. Es ließe sich denken, daß ihm ein bloß persönliches Recht geblieben sey; aber diese Annahme paßt nicht für die Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts in den Verhältnissen des Grundbesitzes, und findet auch nirgends in den Quellen ihre Bestätigung. Dem Auctor blieb vielmehr ein dingliches Recht. Dieses nun traf mit demjenigen zusammen, welches durch die Auflassung erworben war, woraus eine gegenseitige Beschränkung entstehen mußte, die wiederum möglicher Weise von doppelter Art seyn konnte. Entweder stellte sich das eine Recht als das

---

laubt und verständig, sich hierin dem gangbaren Sprachgebrauch anzuschließen. Während es daher unangemessen erscheint, die Reallasten als deutsche Servituten zu bezeichnen, so sehe ich doch nicht ein, warum man nicht von Eigenthum, dinglichen und persönlichen Rechten u. s. w. sprechen soll. (S. über den natürlichen Gegensatz der beiden letzten Verhältnisse: F. J. Stahl, die Philosophie des Rechts. Zwt. Band S. 234.) Wenn die Wissenschaft des deutschen Rechts fortwährend einen würdigen Anbau findet, und auch die Geschichte der Kunstausdrücke zum Gegenstande der historischen Forschung gemacht wird; so ist nicht zu befürchten, daß nicht dasjenige mit Leichtigkeit ausgeschieden werden sollte, was etwa bei Instituten, die sowohl dem einheimischen als dem fremden Rechte bekannt sind, dem einen oder anderen eigenthümlich ist, — auch wenn man sich für beide einer gemeinschaftlichen Terminologie bedient.

vorzüglichere dar, welches, obgleich temporär beschränkt, doch seinem Wesen nach frei war und also die Fähigkeit und die Bestimmung in sich trug, es später wirklich zu werden; das andere hingegen als das an Umfang und Dauer geringere; oder auf beiden Seiten war die Lage von gleicher Wirksamkeit und Bedeutung, so daß der Unterschied nur in dem letzten Zweck des Geschäftes begründet war, welches das ganze Verhältniß hervorgerufen hatte.

Der Zweck der Vergabungen von Todes wegen ist nicht auf die eine oder die andere Weise ausschließlich erreicht worden; sondern die Quellen zeigen, daß die beiden so eben angedeuteten Fälle zur Anwendung gekommen sind, indem dem Tradenten entweder bloße dingliche Nutzungsrechte, oder das Gesammteigenthum an den aufgelassenen Grundstücken blieb. Diese verschiedenen Beziehungen sind in ihrer Eigenthümlichkeit zu untersuchen; denn der Einwand, daß die wichtigste Folge in beiden Fällen dieselbe war, steht natürlich bei einer wissenschaftlichen Arbeit ihrer Scheidung nicht entgegen.

I. Es geschah sehr häufig, zumal in der älteren Zeit, daß jemand der Kirche ein Grundstück zu Eigenthum übertrug, indem er für sich allein oder auch für andere den Nießbrauch (usum et potestatem, später: Nutz und Gewer) vorbehielt. Der Zweck und die Wirkungen dieses Geschäftes konnten sehr verschieden seyn; zu den Gründen, weswegen es eingangen wurde, gehörte auch der, eine Vergabung von Todes wegen zu beschaffen. In diesem Fall erschien die Stipulation eines jährlichen Zinses nicht als wesentlich: an einigen Stellen [2]) wird ausdrücklich

2) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 31. (a. 772.) — propriam hereditatem — firmiter tradidi de jure nostro in jurem

bestimmt, daß kein Zins gegeben werden solle; oder es ist geradezu ausgesprochen, was auch die Geringfügigkeit desselben zeigt, daß er nur als Erkennungszeichen des Rechtsverhältnisses ausbedungen wurde [3]). — Die Art, den Nießbrauch bei einer solchen Uebertragung eines Grundstücks sich zu erhalten, war verschieden: entweder wurde eine förmliche Auflassung vorgenommen von dem neuen Eigenthümer [4]), welche dann nur die angegebene beschränkte Wirkung hatte; oder man beschaffte die erste Tradition unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs, was das Gewöhnliche war. Daß auf eine solche Weise der Erfolg derselben beschränkt werden konnte, ist auch im späteren Rechte allgemein ausgesprochen [5]). — Dieses

---

et potestatem domui S. M. ad T., ut — ad ipso domo ab hodierno die permaneat confirmatum, et nos ad finem vitae nostrae prestaria vice usitamur — sine censu. — eod. No. 540. (a. 829.) — Neugart. I. No. 455. (a. 869.) — tradidit — ea videlicet ratione, ut easdem res omni tempore vitae suae sine censu habeat. — eod. No. 495. (a. 876.)

3) Schannat. trad. fuld. I. No. 452. (a. 841.) — ea videlicet conditione haec omnia trado, — ut nos quamdiu vixerimus per cartam prestationis — usufructuario possideamus, solventes inde censum per singulis annis — IV. denarios — ne videamur eas ex proprio, sed jure beneficiario possidere. — eod. No. 180. (a. 803.) No. 453. (a. 841.) — Meichelb. l. c. No. 380. (c. a. 818.) — No. 432. (a. 822.) — Guden. IV. p. 950. (a. 1285.)

4) Meichelb. l. c. No. 387. (a. 818.) — tradidit omnia propria hereditatis — in manus episcopi — — tunc iterum de manus ante dicti jam episcopi in beneficium retro accepit, usquedum cursum sui temporis consumasset. —

5) Lübsch. Recht von 1240. Art. 9. Dat si witlic, so welic man sie gewunnen gut vor ratmannen gifft, de mechtig is na stades rechte, mit welekeme underschede he dat gifft, dat schal immer stede bliven. — Vgl. Schöffenurth. hinter Zobels Sachssp. I. 12, 5. Eine Frau hat ihrem Mann ihr Gut aufgelassen

Geschäft gehörte übrigens, wenn es den früheren Eigenthümer nicht unter das Hofrecht brachte, in das Gebiet des Landrechts; wie sich schon daraus ergiebt, daß eine Precarie im Grafending ertheilt wurde [6]).

Die Beschaffenheit der älteren Rechtsquellen bringt es mit sich, daß sie vorzugsweise nur diejenigen Vergabungen erwähnen, welche der Kirche gemacht wurden; weswegen ihr Schweigen darüber, ob in derselben Form auch anderen Personen etwas zugewandt werden konnte, noch nicht berechtigen würde, es zu läugnen. Doch giebt es auch Spuren, daß solche Schenkungen mit vorbehaltenem Nießbrauch eine allgemeine Anwendung fanden; in einer longobardischen Urkunde z. B. kommt dieses Geschäft vor zwischen Vater und Tochter [7]). — Ueber die Frage, in wie fern ein ganzes Vermögen zum Gegenstande einer solchen Uebertragung gemacht werden konnte, s. unten §. 10.

II. Eine solche Theilung der dinglichen Rechte, wie sie so eben erörtert ist, konnte nicht leicht mißverstanden werden in der späteren Doctrin, weil sie in ihren Grundzügen sowohl den römischen als den deutschen Rechtsbegriffen angemessen ist. Weit schwieriger stellt sich das

---

unter der Bedingung, daß, wenn er vor ihr stürbe, das Gut an sie zurückfallen sollte; — „der man stürb. nu sprechen des todten freunde, die auffnehmung hab nicht macht noch krafft und mög nicht bestehen, — — darumb das sie in ihren schöppenbriefen nicht beschrieben hat, das ihr unser freund das gut und hauffgerhete vor gehegtem dinge wieder auffgegeben hat. — Hierauff sprechen wir für recht: nach dem mal das der man die gab von der frauen also empfangen hat und angenommen, so sol der frauen ihr gut bleiben in der weiff, als sie das vor gericht gegeben hat und auffgenommen."

6) Neugart. I. No. 201. (a. 819.) Vgl. Albrecht, Gewere S. 194 — 198.

7) Muratori. ant. ital. III. p. 1013. (a. 783.)

Verhältniß in den Fällen dar, wo derjenige, dem von Todes wegen etwas zugewandt wurde, durch die Auflassung Proprietätsrechte erhielt, wie es auch nach der ersten Form des Geschäftes geschah; der Auctor aber nicht als Nutznießer sich zeigte, sondern ebenfalls als Eigenthümer: so daß hier keine Unterordnung dinglicher Rechte vorlag, sondern das Eigenthum gleichzeitig mehren Personen an derselben Sache zustand. Der Zweck des Geschäftes, woraus ein solches Verhältniß entsprang, schloß ein Miteigenthum im Sinne des römischen Rechts unbedingt aus: denn es sollte eben ein Recht an der ganzen Sache übertragen werden; die Zuwendung einzelner, wenn auch ideeller Theile lag außer der Absicht der Parteien. Man glaubte daher hier und in ähnlichen Fällen ein eigenthümliches deutsches Institut zu finden, welchem man den Namen Gesammteigenthum beilegte. Aber es herrschte eine große Unklarheit über dessen Wesen und Natur, so daß Hasse [8]), indem er den Satz des römischen Rechts [9]): „duorum in solidum dominium esse non potest," — als aus der Natur der Sache hervorgegangen und daher als allgemein geltend darstellte, in den Fällen, wo jenes eigenthümlich deutsche Institut walten sollte, stets eine mystische Person annahm, und nach den Grundsätzen, welche das gemeine Recht über diese enthält, das angegebene Verhältniß regelmäßig beurtheilt wissen wollte. (Hasse a. a. O. §. 26.) Obgleich es sich nicht verkennen ließ, wie unvollkommen der Versuch aus-

---

8) Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinsch. Kiel 1808. besonders §. 10 — 19.

9) l. 5. §. 15. D. commodati. — l. 19. §. 3. D. de castr. pecul.

gefallen ist, diese Ansicht auf die ganze Gütergemeinschaft der Eheleute anzuwenden; so blieb sie selbst doch die herrschende, und wurde namentlich durch Eichhorn's Auctorität unterstützt [10]). — Mir scheint aber, daß man dem Wesen dieses Instituts näher treten kann, als Hasse es gethan hat; wobei es jedoch stets anerkannt werden muß, daß seine Untersuchung, besonders durch ihren kritischen Gehalt von nicht geringer wissenschaftlicher Bedeutung ist.

Das römische Recht, wie es in Justinian's Sammlung vorliegt, hat den Begriff des Eigenthums mit einer großen Schärfe und Consequenz durchgeführt. Es gestattet allerdings, daß die volle Herrschaft über eine Sache (dominium) in mehre Bestandtheile zerlegt werde, welche einzeln davon abgelöst und auf andere übertragen werden können (jura in re aliena); aber das Recht selbst, die proprietas [11]), ist seinem Begriff nach untheilbar, denn es ist ein ausschließendes, unbedingtes [12]). Dieser Grundsatz kann immer durchgeführt werden, wenn auch mehren ein Eigenthum an derselben Sache beigelegt zu seyn scheint: denn entweder ist von dem Vermögen einer Ge=

---

10) Einleitung ins deutsche PR. §. 168. Note i. — Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutsch. PR's §. 139., hingegen nimmt eine selbstständige Bedeutung des Gesammteigenthums im deutschen Rechte an.

11) l. 1. §. 1. D. de Scto. silaniano. (Ulpianus.) Domini appellatione continetur, qui habet proprietatem, etsi ususfructus alienus sit.

12) l. 25. pr. D. de V. S. (Paulus.) Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse: hoc et Julianus, et est verius.

meinheit die Rede, und dann ist diese selbst die allein berechtigte Person; oder es liegt ein Condominium vor, wo, was das Eigenthum betrifft, ebenfalls keine Theile sind, sondern jeder ein Ganzes hat. Aber in dem letzten Falle besteht rücksichtlich der Sachen doch eine Gemeinschaft (communio), und solange diese fortdauert, können die Theilnehmer äußerlich als eine Person erscheinen [13]). Nun ließe sich wohl ein Mittel denken, wodurch einer solchen Gemeinschaft Dauer verliehen würde; welches die Folge haben müßte, daß der gebundene Wille mehrer sich in bestimmten Verhältnissen durchweg als ein einziger zeigte. Dem widerstreitet aber die scharfe Grenze, welche das römische Recht zwischen Universitas und Communio gezogen hat; jene lebt in privatrechtlichen Beziehungen ein selbstständiges Leben, während diese allein durch den übereinstimmenden, freien Willen aller Theilnehmer getragen wird. Daher ist es gegen das Wesen der Societät, den einseitigen Rücktritt durch Vertrag zu beschränken [14]); und auch der Miteigenthümer kann stets das Verhältniß zu seinen Genossen aufheben, so daß die Theilungsklagen wesentliche Bestandtheile seines Rechtes sind [15]).

Ungeachtet dieser consequenten Durchführung der Rechte des Einzelnen in der Gemeinschaft hat doch das römische Recht, abgesehen von den Einwirkungen des Dolus auf diese Verhältnisse, einige Abweichungen zugelassen, indem es den Anforderungen des Lebens nachgab. Bei der societas omnium bonorum wird das Vermögen der Mit-

---

13) l. 5. D. de stipult. servor.

14) l. 14. D. pro socio. — l. 70. eod.

15) l. 8. pr. D. comm. divid.

glieder ohne Tradition gemeinschaftlich [16]); bei dem Miteigenthum kann ausgemacht werden, daß innerhalb einer bestimmten Zeit keine Theilung eintreten soll [17]); und bei der Dos scheint Justinian, was die Klage der Frau betrifft, überhaupt den Begriff des Eigenthums nicht fest gehalten zu haben [18]). — Aber im allgemeinen stellt sich doch dieses als das Wesentliche heraus, daß das Eigenthum als solches ausschließend, untheilbar ist; und daß in den verschiedenen Vereinigungen der Bürger (universitas, communio), welche die Rechte der Einzelnen entweder vollständig aufheben oder bestehen lassen, sich keine Vermittlung dieses schroffen Princips zeigt.

Es ist nun zu untersuchen, wie es sich mit dieser Lehre im deutschen Rechte verhält. Der Weg, den man dabei einschlägt, kann ein doppelter seyn. Entweder man hält sich den Begriff des Eigenthums, wie er offenbar dem späteren römischen Rechte zum Grunde liegt, als ein gemeines Gut gegenwärtig, und überträgt ihn auch auf deutsche Verhältnisse; oder man sucht für diese unbefangen das leitende Princip. Im ersten Fall wird der Grundsatz, daß das Eigenthum ein jus infinitum ist, sich zu einer logischen Nothwendigkeit gestalten, und Rechtsverhältnisse, welche demselben entgegen zu stehen scheinen, werden einer vielleicht rauhen Behandlung unterworfen werden, um „einer platten contradictio in adjecto" zu entgehen. Wer den zweiten Weg vorzieht, geht von der Ansicht aus, daß die verschiedenen Institute eines nationalen Rechtes sich nicht ausgebildet haben, um einer lo-

---

16) l. 1. §. 1. l. 2. D. pro socio.

17) l. 14. §. 2. D. comm. divid. Vgl. l. 14. D. pro socio.

18) c. 30. C. de jure dotium.

gischen Regel zu genügen, daß sie vielmehr frei aus dem Bedürfnisse und den Verhältnissen des Lebens hervorgegangen sind; und er wird es für die Aufgabe der Wissenschaft halten, nicht — daß sie diesen Instituten anderswo gewonnene Begriffe unterlege, sondern daß sie aus ihnen selbst die Momente lerne, welche ihre Beschaffenheit bestimmt haben. Das römische Eigenthum ist in soweit unbegrenzt, als es nicht in einem besonderen Fall beschränkt ist, aber eine solche Beschränkung kann nicht durch die Theilung des Rechts selbst geschehen, sondern nur durch die Ablösung einzelner Bestandtheile desselben. Wenn sich nun im deutschen Rechte nachweisen läßt, daß für ähnliche Verhältnisse der Menschen zu den Sachen diese Unterscheidung nicht festgehaltenworden ist, so folgt daraus kein logischer Widerspruch; es ergiebt sich vielmehr der Satz, daß in solchen Fällen eben kein römisches Eigenthum vorliegt, sondern ein anderes Institut. —

Ich wende mich zur Betrachtung des Einzelnen. — Das echte Eigenthum an Grundstücken hatte, abgesehen von besonderen, hier unwesentlichen Abweichungen, im Ganzen denselben Umfang, wie das römische Dominium. Es bildeten sich aber aus dem deutschen Leben heraus eigenthümliche Verhältnisse, welche eine Theilung des Rechts an Immobilien zur Folge hatten. Indem sie anfangs mehr auf persönlichen Beziehungen beruhten, und nur in dieser Rücksicht das ursprüngliche Recht des Eigenthümers beschränkten, nahm die Sache doch im Verlauf der Zeit eine andere Gestalt an, und als zu dem abgeleiteten Rechte die Erblichkeit hinzugetreten war, ward dieses das überwiegend wichtige. Die Gewere des Vasallen nahm einen selbstständigen Charakter an, und zuweilen erhielt sich der Obereigenthümer eines Bauernguts nur Ansprüche

auf einzelne Reallasten, so daß das ursprünglich nur theilweise beschränkte Recht selbst als eine lästige Beschränkung erschien, deren Ablösung oft um ein Geringes in den Willen des Gegners gestellt werden konnte, — ein Verhältniß, welches lebhaft an das nudum jus Quiritium erinnert. Wenn man den Umfang und die Dauer des Rechts auf Seiten des Vasallen, des Untereigenthümers eines Bauernguts betrachtet, und dagegen den Keim der Auflösung, welchen der römische Nießbrauch in sich trug: sollte man nicht, abgesehn von der römischen Terminologie, in einer allgemeineren Auffassung jenen Personen mit gutem Recht ein Eigenthum beilegen dürfen? — Für die Verhältnisse der unvollkommenen Gewere war die Uebertragung des Guts durch die Hand des Herrn ein wesentliches Moment; man könnte hieraus eine Einwendung gegen die vorgetragene Ansicht hernehmen. Aber auch der freie Eigenthümer konnte eben jenes Recht der Uebergabe (Sale) in Beziehung auf ein bestimmtes Grundstück einem andern (Salmann) übertragen, so daß dieser es stets nach Auftrag ausübte, — ohne daß das Wesen des Eigenthums dadurch geschwächt erschien; (s. unten §. 15). — Darum hat Thibaut's schöne Abhandlung [19]), wenn man von der Erörterung über die Terminologie absieht, doch nur einen einseitigen Werth: ob ein dominium directum und utile dem Wesen nach im deutschen Recht begründet sey, konnte nicht aus dem von ihm benutzten gemeinrechtlichen Material entschieden werden.

Bei den so eben berührten Verhältnissen liegt eine scharfe Trennung der beiderseitigen Rechte vor; ein nicht

---

19) Versuche II. Nr. 3.

zu entwirrendes Zusammentreffen derselben konnte nicht statt finden. Wenn nun ohne eine Scheidung der angegebenen Art die Theilung der Proprietätsrechte zugelassen wäre, so dürfte ein solches Uebel unvermeidlich erscheinen, was denn umgekehrt einen Grund gegen die Möglichkeit derselben gäbe: denn das deutsche Recht kennt keine Institute, die einen Widerspruch in sich tragen. Aber wo es eigenthümliche Verhältnisse mit sich führte, da war es reich an Mitteln, die harmonische Gestaltung derselben zu bewirken. — Ein eigenthümlicher Zug des germanischen Lebens ist der corporative Trieb, der dasselbe beseelte. Hier ist keine schroffe Absonderung, wie bei der römischen Universitas und Communio; sondern in vielgestaltiger Gliederung sind die Genossenschaften durch alle Verhältnisse verzweigt. Die Hoffnung ist eitel, daß hier die Schwierigkeit einer genauen Untersuchung durch die Beantwortung der Frage umgangen werden könne, ob im einzelnen Fall z. B. eine Universitas oder Societas vorliege: diese Begriffe umfassen nur die Extreme; dazwischen liegt eine große Mannigfaltigkeit von genossenschaftlichen Verbindungen. Es gab Corporationen, welche durch den Trieb der Lebensverhältnisse schon früh sich gebildet hatten; welche über das ganze Reich in gleicher Art verbreitet, fast alle freien Bewohner desselben in sich schlossen, und deswegen in politischer Beziehung von großer Bedeutung waren. Diesen, den Markengenossenschaften, Stadt- und Dorfgemeinden fehlte das Bewußtseyn ihrer Entstehung; sie sind mehr Ausflüsse der Kraft, welche die Menschen zum Staate zusammen führt, als das Product überlegten Willens. Bei ihnen war eine Persönlichkeit; ihr rechtliches Verhältniß in Beziehung auf das Vermögen stand dem der römischen Universitas sehr

nahe [20]), obgleich sie dieser politisch bei weitem an freier Selbstständigkeit überlegen waren.

Außerdem führte aber die Lust zur Vereinigung oder die Bedrängniß der Zeit die Freien zu den verschiedenartigsten Genossenschaften zusammen; welche, wenn sie auch häufig durch ein gewisses Gefühl der Nothwendigkeit hervorgerufen seyn mochten, doch zunächst auf der Ueberzeugung von ihrer Zweckmäßigkeit beruhten, und der freien Willensbestimmung ihr Daseyn und ihre Beschaffenheit verdankten. Eine sehr merkwürdige Art solcher Gemeinschaft bildeten die Ganerbschaften [21]), worunter hier die dauernde Vereinigung mehrer Personen oder Familien verstanden wird, deren Zweck es war, eine bestimmte Vermögensmasse, meistens eine Burg mit Pertinenzien, gemeinschaftlich zu benutzen und zu vertreten. Wegen der Ausführlichkeit der Quellen, welche über sie handeln, geben sie ein angemessenes Beispiel ab zur Beurtheilung ähnlicher Verhältnisse.

Die nächste Veranlassung, eine solche Vereinigung zu schließen, konnte sehr verschieden seyn [22]); es geschah z. B., wenn mehren eine Erbschaft zugefallen [23]), oder

---

20) Sächs. Landr. II. 55. — Schwäb. Landr. Art. 408. §. 1. — Guden. cod. dipl. IV. p. 797. (a. 1273.) V. p. 384. (a. 1431.) p. 724. (a. 1389.)

21) Ganerben (coheredes) kommen hier in der Bedeutung von consortes, condomini vor, und sind von den im sächs. Landr. (I. 17. §. 1.) so genannten Miterben wohl zu unterscheiden. S. Grimm, R.A. S. 478. 481. 482. Haltaus s. v. Ganerbe.

22) S. Pfeffinger. Vitriar. illustr. lib. III. tit. 20. §. 82.

23) S. Günther. cod. dipl. rheno-mos. II. No. 2. (nach 1167.) — III. 1. No. 45. (a. 1309.) — IV. No. 124. (a. 1425.)

gemeinschaftlich eine Burg erbaut[24]), oder erobert war[25]). Die Folge war Gemeinschaft des Rechts; daher heißen auch die Genossen regelmäßig: Gemeiner. Aber eine mystische Person im Sinne des römischen Rechts entstand nicht daraus: nicht die Gemeinschaft, sondern die einzelnen Mitglieder waren berechtigt und verpflichtet. In den Beziehungen nach außen hin, zu fremden Personen trat freilich die Ganerbschaft gewöhnlich als ein geschlossenes Ganzes auf, aber doch nur so, daß die einzelnen Mitglieder sich vertreten ließen, und häufig wurden diese auch besonders hervorgehoben[26]); das Verhältniß hingegen, in welchem die Gemeiner unter einander und zu ihren Gütern standen, weist ganz bestimmt darauf hin, daß die besonderen Rechte der Einzelnen nicht in die Idee der Gemeinschaft aufgegangen waren[27]). Daher konnte ein Gemeiner seinen Antheil veräußern, was indessen regelmäßig auf den Fall echter Noth beschränkt war; auch mußte er

---

24) eod. III. 1. No. 261. (a. 1340.)

25) eod. IV. No. 254. (a. 1456.)

26) Pfeffinger. l. c. §. 83. Note c. — Lünig, Reichsarch. P. S. cont. III. Abth. VII. Absatz. 3. No. 90. p. 110. (a. 1376.) — eod. No. 134. p. 176. (a. 1665.) — Guden. V. p. 790. (a. 1305.) p. 816. (a. 1350.)

27) Günther. V. No. 150. (a. 1555.) — Weiter haben wir uns des Schloß Sain halber verglichen, also und dieweil das unser beider Gebrüder Stamhauß, sollen wir und unsere Erben desselbigen mit allem was bisher dartzu gebraucht — — und was wir künfftig weiters dartzu in gemein erkauffen oder bekommen mogen, n rechter Gemeinschaft mit Namen iglicher das halb Teil daran haben, erben und behalten, und unser keiner dartzu kein Vortheill haben oder suchen, sondern uns also in gemein zu nutzen, zu nießen zustain, pleiben und gepueren. — Lünig. l. c. No. 122. p. 163. (a. 1337.) — No. 123. (a. 1357.)

den Genossen vorher den Kauf anbieten [28]); und wenn jemand starb, dessen nächste Erben nicht Mitglieder der Ganerbschaft waren und werden konnten, so mußten sie ihr Erbtheil an einen Gemeiner verkaufen. War aber keiner zum Kaufe geneigt, so trat die Gemeinschaft ein, und übernahm die vacante Portion gegen eine billige Taxe [29]). — Eine bloße Communio war dieses Verhältniß aber auch nicht; denn die Absicht war stets auf die Dauer desselben gerichtet [30]), die Aufhebung konnte regelmäßig nur durch die Uebereinkunft aller Mitglieder beschafft werden [31]),

---

28) Günther. III. 1. No. 45. (a. 1309.) — Vortwert spre- chen wir Johann Greve von Saine inde K. unse Gevrowe vur uns inde vur unse Erven, dat ein dritteil an der — Burg zu K. Heren A. von P., J. sienre Gevrowen inde eren Erven wir geven sulen, inde darinnen setzen inde sitzen sulen, ain alreleie Argelist, alse gude Erven bi ein billichen sitzen sulen; bit deme Underscheide, dat unser ghein sien deil Huses noch verkaiffen noch versetzen en mach noch en sal an gheine vrembde hant brengen, of it sien Ganerve an deme selven hus wilt geldin umbe redelichen Penning, so sulen wirs unsen Ganerven das gunnen dan gheine vrembden Manne. — eod. IV. No. 124. (a. 1425.) No. 137. (a. 1428.) — Frankf. Reformation P. II. tit. 5. Von verkauff deren liegenden Güter, so vielen als Ganerben gemein seint. — Gercken. cod. dipl. brand. V. No. 88. (a. 1337.) VI. No. 81. (a. 1354.)

29) Dieß ist bestimmt in Kaiser Karl's V. Additionalartikeln zu dem Burgfrieden der berühmten Ganerbschaft Friedberg in der Wetterau; s. Lünig. l. c. No. 102. p. 130 folgd. — Vgl. Estor's kleine Schriften Band 2. St. 6. Nr. 6. S. 368. Band 3. St. 9. Nr. 5. S. 100.

30) S. z. B. Günther. II. No. 2. (nach 1167.) — perpetuo indivisim permanebit —. eod. IV. No. 124. (a. 1425.)

31) eod. II. No. 317. (a. 1285.) — in aliis vero bonis que adhuc omnes domini castri communiter et indivise tenent, idem U. et sui heredes communionem habebunt, ita tamen quod si dicta bona de communi consensu dominorum — — divisa fuerint, — — portionem eos attingentem habebunt. —

und eine einseitige Verfügung, wie die vorher erwähnte Veräußerung, war überhaupt nur ausnahmsweise gestattet [32]. — Es ist augenscheinlich, daß für dieses Rechtsverhältniß die absolute Bedeutung des römischen Eigenthums nicht geltend gemacht werden kann. Dennoch entsprang hieraus kein Widerspruch, sondern ein lebendiges, sich natürlich bewegendes Institut. Im allgemeinen wurde angenommen, daß der Wille der Genossen ein verständiger, harmonierender seyn werde; sehr genaue Vereinbarungen wurden aufgesetzt für die einzelnen Beziehungen, deren Befolgung jeder, bevor er Gemeiner werden konnte, eidlich beschwören mußte, und auf den Fall des Streits sogleich die Austräge angeordnet für dessen Beilegung [33].

Durch diese Ausführung über die Ganerbschaften ist auch die Möglichkeit gewonnen, andere ihnen ähnliche Verhältnisse, über welche die Quellen keine so genaue Auskunft geben, in ihrer Eigenthümlichkeit aufzufassen, und ohne Herbeiziehung eines fremdartigen Materials zu erklären. — Es kommen schon sehr früh Beispiele vor, daß Eheleute sich gegenseitig ihr Vermögen aufließen mit der Wirkung, daß es beiden gemeinschaftlich wurde. In einer Formel des Markulf [34] geschieht dieß so, daß dem

---

32) Guden. III. p. 453. (a. 1361.) — V. p. 395. (a. 1454.) p. 1014. (a. 1327.)

33) Die gewöhnliche Bezeichnung dieser Vereinbarungen ist: Burgfriede. S. Guden. II. p. 1123. (a. 1350.) Günther. IV. No. 124. (a. 1425.) No. 214. (a. 1445.) — Lünig. l. c. N. 126. p. 170. (a. 1431.) — No. 146. p. 185. (a. 1344.) — No. 147. p. 187. (a. 1567.)

34) Form. Marculfi I. 12. — — venientes ille et illa ibi in palatio nostro, pro eo quod filiorum procreationem inter se minime habere videntur, omnes res inter se per manu nostra visi sunt condonasse etc.

Längstlebenden nur der Nießbrauch zufällt, und nach dessen Tode die beiderseitigen Erben eintreten; aber an andern Stellen ist auf sie diese Rücksicht nicht genommen. Darauf deutet z. B. eine bairische Urkunde [35]) hin, und nach dem alten lübschen Rechte [36]) ward das Vermögen durch ein solches Geschäft das wohlgewonnene Gut beider Ehegatten. — Wie konnte, wenn man keine ideellen Theile annehmen will, ein solches Verhältniß durchgeführt werden? Auf eine ähnliche Weise, wie bei den Ganerbschaften. Das innige Verhältniß der Ehe gewährte das zur Eingehung einer solchen Gemeinschaft nöthige Vertrauen, und gab ihr im allgemeinen ihre Haltung, während das Mundium des Mannes die Durchführung sicherte. Darum hatte sich auch nach der so eben angeführten Urkunde die Gemeinschaft mit gegenseitiger Zustimmung aufgelöst, als die Ehe getrennt war [37]). — Aber nicht

35) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 659. (a. 849.) Venit quidam vir nobilis — pro remedio animae suae cogitans. ipsa vice contigit, quae jam ipsius fuerat uxor ibidem venisse, nomine L. qui jam alter altero tradiderunt proprietatem suam; sed dum divisi essent, uterque illorum suam habuit proprietatem. Tunc vero ut firmior fieret traditio ejus, jam dicta L. dimisit ei ipsam traditionem, quam olim ei peractam habuisset, et ille — firmiter — tradidit —.

36) Lübsches Recht, Art. 59. (cod. II. in Brockes. select. observ. p. 40 sq. im Anhang). Welcker Frouve unde Man tho hope sind in Echteschop und nene Kinder thosamende hebben, unde gaen se vor dem Raedt, unde laten sick underander er Gudt up. is de Frouwe mundich alse de Man, so blift idt stede, unde is erer beide vorworvene Gudt, wo se eren negesten Erffnamen malck geven veer Penninge unde acht Schillinge — —. (eod. cod. III. Art. 92.)

37) Ich bezweifle nicht, daß das so eben berührte Geschäft auf die Entwicklung der gesetzlichen Gütergemeinschaft unter den Ehegatten von großem Einfluß gewesen ist; sie muß in manchen Beziehungen ganz nach dem angedeuteten Princip beurtheilt werden.

bloß unter Eheleuten finden sich solche Uebertragungen; Aehnliches geschah unter zwei Priestern [38]) und unter zwei Brüdern [39]).

Die Festigkeit der eingegangenen Gemeinschaft wird durch die feierliche, nach ausdrücklicher Uebereinkunft geschehene Auflösung derselben dargethan; zur Begründung sowohl, wie zur Aufhebung war die Auflassung erforderlich, — ein Zeichen, daß auch hier Grundstücke den Mittelpunkt des Verhältnisses ausmachten. Erst nach der Auflösung desselben trat wieder die freie einseitige Verfügung ein [40]). — Es scheint mir auch in diesen Fällen unzwei-

38) Meichelb. l. c. No. 183. (c. a. 800.) — Cotescalh presbyter et Cozpald presbyter — —. Conventione autem facta inter nos — — uterque tradidit alio propriam hereditatem suam usque ad obitum eorum in loco — H., sed tamen super illam potestatem habens Cotescalh, et postea simul commune manu tradidimus supra dictam hereditatem nostram ad S. M. — — totum ex integro post obitum nostrum tam vestitum et emelioratum sine ulla contradictione redeat ad supra dicto domo, eo ordine, ut tamdiu vixerimus super terram, potestatem habendi sicut usus est fruendi. — eod. No. 551. (a. 831.)

39) eod. No. 466. (a. 824.) — ego Keroldus diaconus et carnalis frater meus nomine Kernod habuimus inter nos communem paternam et maternam hereditatem firmiter confirmatum et traditum uterque alio — Kernod advocatus fuit fratris sui —. Proinde convenit illos, ut uterque eorum alio dimitteret traditionem, quam antea factam habuerunt invicem. — exierunt in porticum domui S. M. — et dimiserunt alter alterius traditionem tres vices praesentibus istis testimonialibus, qui hoc factum viderunt et audierunt —.

40) In der, Note 39. abgebrochenen Urkunde heißt es weiter: Post ipsam traditionem dimissam inter illos, — — tradidit Keroldus propriam partem hereditatis suae, quicquid legitime in portionem de fratre suo Kernodo accepisset in loco A. et ad W. firmiter tradidit domui S. M. — —

felhaft, daß den beiden Tradenten ein gleiches Recht an den aufgelassenen Gütern zustand; darum war ein Mittel nöthig, um einen übereinstimmenden Willen zu erlangen, wenn die Genossen abweichender Ansicht waren über die Verfügung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sachen. Nun läßt sich im allgemeinen annehmen, daß nur unter denen, die sich in allen Beziehungen sehr nahe standen, eine solche Verschmelzung des Vermögens vorgenommen sey; und selbst bei einem etwaigen Dissens mag die Regel: melior est conditio prohibentis, sich auf eine sehr natürliche Weise geltend gemacht haben. Aber es fehlte doch, was bei der Ehe das Mundium des Mannes war: die Leitung der Gemeinschaft durch die bevorzugte Stellung des einen Genossen. In der einen Urkunde (s. Note 39.) wird freilich hervorgehoben, daß der Bruder, welcher ein Geistlicher war, in der Voigtei des andern stand; aber so etwas war zufällig. Indessen, was das Verhältniß nicht darbot, das ersetzte der Vertrag. Deswegen wird in der, Note 38. abgedruckten Urkunde ausdrücklich gesagt, der eine Priester habe die Potestas über das gemeinschaftliche Vermögen erhalten. Wenn auch hieraus keine genauen Resultate gezogen werden können für die Beurtheilung des ganzen Verhältnisses, so ist doch ein Mittel angedeutet, wodurch es auf eine angemessene Weise wirksam gemacht werden konnte.

Das Resultat der vorgelegten Untersuchung ist dieses: im deutschen Recht kann der Begriff des Eigenthums als eines ausschließlichen, untheilbaren Rechtes nicht durchgeführt werden; es lassen sich verschiedene Institute nachweisen, bei welchen das Eigenthum an denselben Sachen gleichmäßig mehren Personen zustand, indem eine Collision der in demselben liegenden Befugnisse durch das Wesen

und die Natur des Verhältnisses, worin jene Personen sich befanden, und durch besondere Vereinbarungen vermieden wurde. Wer es versucht, wie Hasse, diese Fälle unter den allgemeinen Gesichtspunkt einer mystischen Person zu bringen, der bedient sich einer Fiction, welche hier nicht angemessen ist, und auf keinen Fall dazu benutzt werden darf, um aus ihr rückwärts Folgerungen für die Beurtheilung eigenthümlicher Institute zu ziehen.

Eine andere Frage ist es, in wiefern für das so getheilte Eigenthum der Ausdruck: Gesammteigenthum angemessen ist. Wenn damit ein Rechtsverhältniß bezeichnet werden soll, welches für die einzelnen Theilnehmer eine solche Lage begründet, wie die ist, worin sich die Mitglieder einer Universitas in Beziehung auf das Vermögen derselben befinden; so ist das Wort zu vermeiden: denn diese Bedeutung paßt nicht. Wenn es aber gestattet ist, unter Gesammteigenthum das Verhältniß mehrer Personen zu einer Sache zu verstehen, deren Proprietät unter ihnen getheilt ist, ohne daß ein s. g. dominium directum und utile vorliegt; dann ist es ein dem Wesen der vorher entwickelten Institute angemessener Ausdruck, und in dieser Bedeutung wird er ferner in dieser Abhandlung benutzt werden.

Nachdem diese Grundlage gewonnen ist, kann die Untersuchung wieder da aufgenommen werden, von wo sie ursprünglich ausging, und die Frage zur Beantwortung kommen, in wiefern durch die Vergabungen von Todes wegen ein Gesammteigenthum eintrat. Es ist hier vor allem zu beachten, daß bei den früheren Beispielen, welche von diesem Institute vorkamen, auch die Benutzung der Sache gemeinschaftlich war, während der eigenthümliche Zweck der erwähnten Vergabungen es bewirkte, daß auf

Seiten desjenigen, welcher die Sachen übertragen hatte, der Genuß derselben unverkürzt bleiben sollte. Indessen läßt sich hieraus kein Einwand gegen die Möglichkeit eines solchen Verhältnisses hernehmen. So wie bei dem ungetheilten Eigenthume die Nutzung von demselben abgelöst und bei einer anderen Person gedacht werden kann; eben so gut läßt sich dieses auch annehmen, wenn die Proprietätsrechte Mehren zustehen. Ja wenn einer von diesen die ausschließliche Benutzung hat, so wird die Lage der Betheiligten dadurch um Vieles vereinfacht, weil die gegenseitigen Beschränkungen einen mehr negativen Charakter annehmen, und also keine außerordentlichen Mittel nothwendig sind, um für den Fall, daß eine Willensverschiedenheit vorliegen sollte, die Vereinigung zu sichern. Das Verhältniß bleibt hier mehr ein reinsächliches, während in den vorher erwähnten Fällen fremdartige Einflüsse auf die Begründung und Fortdauer desselben einwirken mußten [41]).

41) Albrecht, Gewere S. 193 folgd. verwirft das Gesammteigenthum bei den Vergabungen von Todes wegen, und läßt nur eine Ausnahme für die Erbverbrüderungen und die denselben entsprechenden Geschäfte zu. Der Hauptgrund, den er dagegen anführt, läßt sich jedoch, wie mir scheint, in den Satz auflösen, daß dieses Institut nicht immer eine Zuwendung auf den Todesfall voraussetzt. — Einen indirecten Beweis für seine Ansicht sucht er Note 485 b. von der gesammten Hand im Lehnrecht herzunehmen, wo sich das Gesammteigenthum für die Zeit des Mittelalters am klarsten ausspreche. Die Form derselben, wo nur ein Theilnehmer in Besitz und Genuß ist, kenne das sächs. Lehnrecht noch nicht; aber gerade diese müsse man als ein von jeher bekanntes Institut ansehen, wenn man bei jenen Zuwendungen ein Gesammteigenthum annehmen wolle. — Diese Folgerung scheint mir aus dem Angeführten nicht mit Nothwendigkeit hervorzugehen; aber ich glaube überhaupt, daß die gesammte Hand im Lehnrecht unter einem eigenthümlichen Gesichtspunkt aufgefaßt werden muß. Vorläufig die Bemerkung, daß mit jenem Ausdruck

Es soll jetzt an einigen Beispielen gezeigt werden, wie durch die Vergabungen von Todes wegen ein Gesammtei=

---

ursprünglich nur die Form der Verleihung bezeichnet wurde, (s. U. F. Kopp, Bilder und Schriften I. S. 71. Grimm, RA. S. 139.); erst nach der Zeit der Lehnrechtsbücher verstand man die Gemeinschaft mehrer Vasallen darunter. — Es ist im Lehnrecht außer der vom Herrn ertheilten Investitur (Lehnung) eine Einweisung des Vasallen in das Gut vorgeschrieben, (s. Sächs. Lehnr. Art. 10. 11. Schwäb. Lehnr. Art. 20. §. 1.) welche äußerlich ganz der im Landrecht nach der Auflassung folgenden Besitzübertragung entspricht. Aber in der Wirkung waren beide Institute sehr verschieden; im Landrecht ging schon durch die Auflassung das übertragene Recht vollständig auf den Erwerber über, (s. oben §. 4. I.); im Lehnrecht hingegen trat erst die volle Wirksamkeit desselben mit der Einweisung ein, — eine Verschiedenheit, welche sich vielleicht aus dem allmähligen Uebergang des Lehns von einem persönlichen in ein dingliches Verhältniß erklären läßt. Jener Grundsatz nun ist in den Lehnrechtsbüchern theils ganz allgemein ausgesprochen, (s. Vet. autor de benef. I. 33. Sächs. Lehnr. Art. 63. Schwäb. Lehnr. Art. 107. §. 8.); theils findet er sich in der Anwendung auf einzelne Verhältnisse durchgeführt. Wer nur ein Geding am Lehn hat, darbt der Folge (s. Sächs. Lehnr. Art. 5.), und wenn den Kindern zugleich mit dem Vater das Gut geliehen ist, so erhalten sie doch nur Lehnrecht daran, wenn sie auch in der Gewere gleich sind; (s. Sächs. Lehnr. Art. 37. Schwäb. Lehnr. Art. 68. vgl. Art. 65.) — Später scheint das Lehnrecht, was die Wirkung der Auflassung betrifft, sich dem Landrecht genähert zu haben; wenigstens brauchten bei der gesammten Hand nicht alle Theilnehmer im Besitz zu seyn, (s. Albrecht. a. a. O.), und auch das Geding am Lehn nahm einen dinglichen Charakter an, indem man zwischen der vollzogenen und der nur versprochenen Belehnung unterschied; (s. Günther. cod. dipl. III. 2. No. 573. (a. 1379.) Hier heißt es bei einer Eventualbelehnung, welche König Wenzel an Köln ertheilte, daß sie „dieselbe Teil Reichte und Leene in zu gewinnen, invorderen und an sich zihen und nemen mogen und soilen sunder jemans, in waz Staitz oder Adels er were, Hindernisse oder Wederrede" —. Vgl. Gercken. cod. dipl. brand. VI. No. 172. (a. 1495.) Die Hinneigung zu dieser Erweiterung der Wirkung, welche

genthum entstehen konnte; jedoch wird die Erörterung des Einzelnen, namentlich dasjenige, was das alte fränkische und longobardische Recht darüber enthalten, der späteren Untersuchung vorbehalten. — Nach einer bairischen Urkunde hat ein Geistlicher einem Kloster auf seinen Todesfall ein Grundstück übertragen, und dann gemeinschaftlich mit dem Voigt des Gotteshauses dasselbe an einen Verwandten gegen einen Zins ausgethan [42]). Eine solche gemeinschaftliche Verfügung setzt auf beiden Seiten Proprietätsrechte voraus. — Zufolge einer andern Urkunde [43])

---

die Lehnung später erhielt, ist wohl schon in den Lehnrechtsbüchern durch die Bestimmung angedeutet, daß der Vasall, wenn der Herr ihm die Einweisung verweigere, ohne die geschehene Belehnung zu leugnen, — sich mit zwei Zeugen des Guts eigenmächtig unterwinden dürfe; (s. Sächs. Lehnr. Art. 10. Schwäb. Lehnr. Art. 13. §. 2 und 3. Art. 20. §. 1.). Albrecht, Gewere S. 285., hat diese Stellen benutzt, um eine s. g. juristische Gewere, welche schon durch die Lehnung entstanden sey, zu deduciren, weil ohne deren Voraussetzung ein Friedbruch vorliegen würde. Aber einerseits ist ja in der juristischen Gewere nicht das Recht auf die außergerichtliche Realisirung derselben enthalten; sie reicht also nicht hin, um jenes Verfahren zu erklären, und darum kann auch aus demselben umgekehrt auf sie kein Schluß gemacht werden. Andrerseits sagen die vorher in dieser Note angef. Stellen ausdrücklich, daß Lehnung ohne Besitz kein Lehnrecht gebe. Man muß also wohl annehmen, daß der offenbare Dolus des Herrn in dem angegebenen Fall die Veranlassung zu dieser singulairen Bestimmung gewesen ist.

42) Meichelb. l. c. No. 68. (c. a. 778) — ego E. — abba proprii juris mei pertinentia ad alode mea in — F. post obitum meum firmavi ad domo dei — —. Deinde — — ego E. et advocatus praedictorum fratrum R. — — tradidimus praedictam rem in beneficium H. — —

43) Guden. II. p. 139. (a. 1260.) — E. — et H. uxor sua manu communicata — duos mansos suos — — ecclesie — pure et absolute contulerunt, post mortem eorum jure proprietario per-

sind einer Kirche zwei verschiedene Zuwendungen gemacht: die Wirkung der ersten war das Gesammteigenthum, wodurch die Schenker nur in ihrer Dispositionsfreiheit beschränkt wurden; bei der zweiten ging die Sache gegen einen Zins zum Nießbrauch zurück. — Dem ersten Fall entspricht vollkommen die Uebertragung von Grundstücken in einer Urkunde bei Schannat [44]), und in einer alemannischen bei Neugart [45]). — Noch merkwürdiger sind die Beispiele, wo sich Mehre gegenseitig ihr Vermögen auflassen, damit der Ueberlebende das Ganze erhalte [46]). — In

petuo possidendos: ita quod idem E. et H. cum dictis duobus mansis nichil juris aut potestatis habent vendendi, obligandi, commutandi aut faciendi, quod eorum fuerit voluntatis. — Preterea dicti E. et H. resignaverunt libere et absolute unum mansum — et a pred. ecclesia pro annuali censu — ad tempus vite receperunt.

44) Schannat. vind. litt. I. p. 115. (a. 1120.) — E. et F. liberis manibus tradiderunt monasterio — III. mansos et II. curtes — ea scilicet conditione, quod idem predium viventibus illis maneat, et alterutro ipsorum obeunte, superstes quamdiu vixerit libere eodem potiatur; sed et illo obeunte jure proprietario usui monasterii — in perpetuum subjiciatur.

45) Neugart. I. No. 554. (a. 885.) Ego R. trado — quicquid in pago A. et in Ch. marcho hodierna die possideo. — Eo pacto, ut unam hobam plenam statim post obitum meum, reliquas quoque duas, hoc est dotem uxoris filii mei — post obitum ejus — firmissime possideant. — — Haec omnia — ea ratione — trado, ut e contra in beneficium suscipiam unam hobam in P. — —

46) Guden. III. p. 126. (a. 1315.) Nos judices et scabini civitatis W. notum facimus, — quod G. et H. germane — constitute in figura judicii coram nobis obtinuerunt per sentenciam a nobis juste latam, quod una aliam et e converso possit in omnibus bonis suis legitime hereditare. Hereditabant se itaque mutuo — — in omnibus bonis suis — irrevocabiliter inter vivos; sic sane ut post obitum unius omnia bona sua alteri superstiti et nulli

diesen Fällen tritt dasjenige deutlich hervor, was als das Wesentliche des Gesammteigenthums erkannt wurde: die Theilung der im Eigenthum liegenden Proprietätsrechte. Man vergleiche hiermit diejenigen Stellen, welche von einem am übertragenen Vermögen vorbehaltenen Nießbrauch handeln, und die Verschiedenheit beider Verhältnisse wird sich leicht ergeben: in dem einen Fall Gleichheit der rechtlichen Lage, unbefangene Sicherheit des Auftragenden; in dem andern vorherrschender Einfluß des Empfängers, der

---

alteri remanere deberent —. — Zwei Urkunden entlehne ich aus J. A. Kopp. de testamentis Germanorum judicialibus et sub dio conditis vulgo ungehabt und ungestabt, — eine Schrift, die als juris germanici privati specimen secundum (das erste handelt de jure pignorandi conventionali. Francf. 1735. 4.) mit fortlaufender Seitenzahl zu Frankfurt 1736. erschienen ist, und im Anhang schätzbare Diplome enthält. — p. 206. (a. 1516.) Item uff hude ist erschienen Michelbachs Cuntz, Ludwig und Elßs ihre Schwestere, und han sich alle bruwe geirbt, ir eins das ander, welches undter enen abgehet, sollen die andern dasselbige Gudt irben, ißs sey erkaufft Gudt, irb Gudt oder farende habe, nichts ußs geschieden, wie das undter inen drien Namen hat oder gehaben magk und nichtzs ußgeschieden, und seindt alle bruwe obgnte je eins in des andern Gudt und farende habe gesetzt und gewert mit handt, halm und Mondt, wie ditzs gerichts gewonheit, recht und alt herkomen ist. (S. Eichhorn, St. u. RG. III. §. 455. Note g.) — eod. p. 209. (a. 1537.) An heut ist vor Gericht erschienen Koch Hentz unnd Elsa seine Haußfrau, unnd habenn umb sonderlicher liebe unnd guthat willen, so sie gegenn einander haben unnd tragenn, eins dem andern alle seine guter, farendts oder ligents, so sie ererbt unnd in stehender Ehe errungen unnd erwunden haben, gentzlichenn ubergebenn unnd zugestalt, also das under inen beiden das letzt lebend soliche guter inhabenn, nutzen unnd brauchen, vor sich behalten, damit zu thun unnd zu lassen habenn, als ander ire eigenn gutere, unnd demnach uf desselben Erbenn khomen unnd gefallen, daruff seint beide Eheleut je eins in des andern guter gesetzt unnd gewert, wie Recht. — Vgl. Eichhorn. a. a. O. §. 451. Note e.

Charakter der Freigebigkeit aus dem Geschäfte fast verwischt.

In dem folgenden Kapitel wird bei der näheren Betrachtung der in dieser Schrift behandelten Vergabungen auch das Wesen des Gesammteigenthums in dieser besonderen Stellung weitläuftiger erörtert werden. Es sey hier nur vorläufig die Ansicht hingestellt, daß eine Uebertragung der Rechte des nächsten Erben auf den Empfänger nicht als die ursprüngliche Wirkung dieses Geschäfts angesehen werden darf [47]). Dasselbe läßt sich auf die frühesten Zeiten des deutschen Rechts zurückführen, während das Recht der nächsten Erben am Grundbesitz erst nach und nach sich soweit ausbildete, um in seiner Wirkung der des Gesammteigenthums bei den Vergabungen gleichgestellt werden zu können, (s. oben §. 5.). Von diesem Rechtsverhältniß kommen umgekehrt auch noch sehr späte Beispiele vor, da doch schon in den Rechtsquellen, welche dem sächsischen Landrecht zunächst folgten, bedeutende Schritte geschehn sind, um den Grundbesitz von den Ansprüchen der Erben zu emancipiren. Um beide Institute in Zusammenhang mit einander zu bringen, müßte man also, abgesehen von andern, positiven Gründen, die dagegen sprechen, annehmen, daß dasjenige, welches doch als das abgeleitete erscheint, das andere anticipirt und fortgeführt habe. — Indessen wird sich unten ergeben, daß für eine bestimmte Zeit eine nahe Verwandschaft nicht in Abrede gestellt werden kann. Denn auch das Gesammteigenthum hatte in diesem Fall hauptsächlich die Folge, daß

47) Dieß ist Eichhorns Meinung, s. Einleitung §. 344. Note b; vgl. Albrecht, Gewere S. 221. — Phillips, Grundsätze I. §. 24. — Ueber L. Long. Rotharis. 173. vgl. unten §. 8.

zum Besten des Empfängers die einseitige Verfügung über die tradirten Güter verhindert wurde. Dafür möge hier vorläufig eine Beweisstelle stehen. Mehre Geschwister hatten sich gegenseitig in ihr Vermögen geerbt, (s. Note 46. die zweite Urkunde); später widerriefen sie dieses nach Uebereinkunft, und jedem wurde dadurch die freie Verfügung über seinen Antheil zurückgegeben [48]).

48) Kopp. l. c. p. 208. (a. 1528.) Uff heut sint Michell Ludwig Michell Cunz Gebruder unnd Else ire Schwester, nachdem sie einander — anno im XVI. geerbt haben vor Gericht, wie dasselbigkt aufgeschrieben stet, haben soliche Erbschafft mit ir aller willen widerruffen und aufgesagt, also das ides mit dem seinen zu thun und zu lassen hat mit seinem Gut, wie ime eben unnd gelegen sein will, alß wer diß Vererbung nie geschеen —.

Zweites Kapitel.

Durchführung im Einzelnen.

§. 7.

Von der Affatomie des alten fränkischen Rechts.

Die Vergabungen von Todes wegen kommen in oem Rechte der alten Franken unter dem Namen der Affatomie vor, — ein Wort, dessen Erklärung noch nicht gelungen ist. Am ausführlichsten handelt davon das salische Gesetz.

L. salica tit. 49 [1]). De affatomie hoc convenit observare [2]), ut tunginus aut centenarius mallum indicent

---

1) Diesem Abdruck liegt der fuldaische Codex zum Grunde; Abweichungen sind unten bemerkt. — Der Herr Archivrath Pertz hat die besondere Güte gehabt, mir für diesen Titel die Varianten mitzutheilen, welche sich in den von ihm verglichenen Handschriften vorgefunden haben. Sie sind indessen von geringer Bedeutung, und daher wird die Affatomie wohl nicht Theil nehmen an den großen Veränderungen, welche dem ältesten deutschen Rechte durch die von dem genannten Gelehrten vorbereitete Ausgabe der Volksrechte und Capitularien bevorstehen.

2) So vereinigt der wolfenbüttler Codex die Ueberschrift mit dem Text. Affatomie ist der Emendata entlehnt, (cod. paris.: afetumiae; cod. guelf.: adfathamire); die fuldaer Handschrift hat: De adframire, welches zu der irrigen Meinung Veranlassung gegeben hat, es sey hier von einer adhramitio die Rede, indem man dieses Wort von ramus (Ast) ableitete, statt es mit dem mhd. râmen zusammen zu bringen, und so die Festuca darauf bezog, worunter aber ein geknoteter Halm zu verstehen ist. Vgl. Grimm, RA. S. 123. Note *. S. 844.

et scutum in ipso mallo habere debet, et postea tres homines tres caussas demandare debent; postea in ipso mallo requirant hominem, qui ei non pertinet, et sic fistucam in laisam jactet, et ipsi [3]), in cujus laisam fistucam jactaverit, dicat verbum de fortuna sua, quantum [4]) voluerit dare, aut si totam aut si mediam fortunam suam cui voluerit dare [5]). Postea ipse, in cujus laisam fistucam jactavit, in casa ipsius manere debet et hospites tres suscipere et de facultate sua, quantum ei datur, in potestate sua habere debet. Et postea ipse [6]), cui creditum est, omnia cum testibus collectis ista agere debet, et sic postea ante regem aut in mallo legittimo illi, cui fortunam suam deputaverit, reddere debet; et accipiat fistucam in mallo ipso, et ipsum quem haeredem deputavit ante XII. menses, in laisio suo jactet [7]), nec minus nec majus, nisi quantum ei creditum est. Et si contra hoc aliquid dicere voluerit, tres testes habere debet, qui jurati dicant, quod ibi fuerint in mallo, quod tunginus aut centenarius indixerunt, et quomodo vidissent hominem illum, quod fortunam suam donavit, in laiso illius, quem jam elegerat,

---

3) So liest der wolfenb. Codex und die Emendata. Der fuld. Codex hat: ipse.

4) Der fuldaer Codex und die Emendata haben ei nach quantum.

5) Der Schlußsatz: aut si totam etc. fehlt in der Emendata, aber in keiner der von Pertz benutzten Handschriften der ältesten Recension.

6) Eichhorn, St. u. RG. I. §. 57. Note i., und Grimm, R.A. S. 122. lesen gegen die Handschriften: ipsi.

7) Variante bei Pertz: et ipsum ante XII. menses ipsi quod haeredes deputavit in laisio jactet.

fistucam jactare, et denominare [8]) debent, qui fistucam in laisum jactit, nec non et illum, in cujus laisum fistucam jactavit, et illum quem heredem appellavit; similiter nominent alii testes jurati et dicant, quod in casa illius, qui fortunam suam donavit, ille [9]), in cujus laisam fistucam jactavit, ibidem mansisset et hospites tres vel amplius colegisset et pavisset et ei ibidem gratias egissent et in beudo suo pultes manducassent et testes collegissent. Ista omnia alii tres testes jurati dicere debent, quoniam in mallo legittimo vel ante regem ille [10]), qui accepit in laisam fistucam, fortunam suam donavit, et ille acceperit in mallo, hoc est ante theada vel tunginum, fortunam suam, qua haeredem eum appellavit, publice coram omnibus hominibus fistucam in laisam ipse jactasset. Et haec omnia novem testes debent affirmare.

Für die Erklärung dieses Titels ist der Anfang desselben von Bedeutung; in den Worten: „De affatomie hoc convenit observare" ist die wichtige Thatsache ausgesprochen, daß die Form dieses Geschäftes, welche nachher beschrieben wird, in Folge einer späteren Beliebung eingeführt wurde, vielleicht gerade damals, als die Aufzeichnung des Volksrechts vor sich ging. Wenn man daher auch annehmen darf, daß das Wesen des Geschäfts auch anderswo bekannt war, und seine Wurzel in einem Institute hatte, welches sich über das ganze altgermanische

8) Variante bei Pertz; die wolfenb. Handschrift hat: denominat; die fuldaer: dominare.

9) Die fuldaer Handschr. hat allein: illi.

10) Auch hier hat nur die fuld. Handschr.: illi; die wolfenb. liest: ipsi, aber sie vertauscht das e häufig mit i.

Recht verbreitete; so ist doch die besondere Art, worin es vorgenommen wurde, dem salfränkischen Recht eigenthümlich gewesen. Dieß bestätigt auch eine Vergleichung desselben mit den andern Rechtsquellen; selbst die Lex Ripuariorum, welche die Affatomie doch dem Namen und der Wirkung nach kennt, weiß nichts von einer so künstlichen Form derselben, und in einem Weisthum, welches zu Ludwig des Frommen Zeit die Salfranken über einige Bestimmungen ihres Volksrechts gaben, wird die Art und Weise, in welcher die Affatomie bei ihnen vorkam, für eine ihnen eigenthümliche Einrichtung erklärt [11]. Darum ist Vorsicht nöthig, wenn man aus derselben allgemeine Grundsätze ableiten will. —

Der ganze Titel zerfällt in zwei Theile: der erste geht bis zu den Worten: et si contra etc., und enthält die Vorschriften, welche bei der Vollziehung des Geschäftes zu beobachten waren; der zweite Theil geht von der angeführten Stelle bis zum Ende, und bestimmt für den Fall, daß das gültig geschlossene Geschäft angefochten würde, wie es in seinen einzelnen Bestandtheilen mit Zeugen aufrecht erhalten werden mußte, und worüber diese zu vernehmen waren. Der zweite Theil handelt also genau von denselben Handlungen, welche der erste vorschreibt, und darum können beide aus einander ergänzt werden. — Die ganze Feierlichkeit zerfiel in drei Acte. 1. Nachdem ein gebotenes Gericht auf die gewöhnliche

---

11) Capit. III. Ludovici Pii. ai. 819. c. 10. De affatomie dixerunt, quod traditio fuisset. De hoc capitulo judicatum est, ut sicut per longam consuetudinem antecessores eorum facientes habuerunt, ita et omnes qui lege salica vivunt, inantea habeant et faciant.

Weise gehegt war [12]), übertrug jemand durch den Halmwurf einen Theil seines Vermögens oder das ganze einem andern. 2. Darauf zeigte dieser in der Behausung des Tradenten auf eine symbolische Weise seine Herrschaft über das ihm aufgelassene Gut: er empfing Gäste, bewirthete sie und nahm ihre Danksagung entgegen. 3. Derjenige, dem der erste Halmwurf geschehen war, sollte aber nicht durch die Zuwendung bereichert werden: er war nur eine Nebenperson, durch deren Herbeiziehung die Vergabung vermittelt wurde. Es mußte daher noch ein dritter Act hinzukommen, wodurch das Geschäft zu Ende geführt wurde, und dieser bestand darin, daß der erste Empfänger das Gut dem neuen Erwerber nach 12 Monaten vor dem Könige oder im Echteding durch einen neuen Halmwurf auflieߧ.

Diese Erklärung, welche das Verständniß der sonst so schwierigen Stelle um vieles erleichtert, läßt sich, wie ich glaube, der Gewißheit ziemlich nahe bringen. Die allgemeine Bezeichnung des ersten Empfängers zu Anfang des Titels (requirant hominem, qui ei non pertinet — der nicht in der Gewalt des Schenkers, Beschenkten steht?) deutet darauf hin, daß er nicht eben nothwendig vorher dazu bestimmt zu seyn brauchte, wie es doch wohl derjenige seyn mußte, dem das Vermögen zugewandt werden sollte; die Mittelsperson wird bezeichnet als eine solche, der die Sachen anvertraut waren, (ipse cui creditum est) und sie, nicht der Urheber des Geschäftes wiederholt die vorangegangene Feierlichkeit vor Zeugen, und indem sie den zweiten Halmwurf vornimmt, überträgt sie eben das

12) S. L. salica tit. 47. de reippus. — Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens §. 19. vgl. Grimm, RA. S. 425. Note *.

anvertraute Gut (nec minus nec majus, quantum ei creditum est). Die ersten drei Zeugen endlich sollen denjenigen nennen, der zuerst den Halm warf, ferner den, in dessen Schooß er ihn warf, und außerdem denjenigen, welchen er einen Erben nannte, (et illum quem heredem appellavit): darnach kommen also drei verschiedene Personen bei dem ersten Act des Geschäftes in Betracht. — Diese Auslegung wird durch eine markulfische Formel [13]) unterstützt; nur vertritt hier der König, in dessen Schooß der erste Halmwurf geschieht, die Stelle einer anderen Zwischenperson: eine Abweichung, welche durch den Eingang der Formel erklärt und mit der Vorschrift des salischen Gesetzes in das rechte Verhältniß gesetzt wird.

In diesem Titel liegt also in scharf bezeichneten Zügen ein Institut vor, dessen Spuren sich durch das ganze deutsche Recht verfolgen lassen, und welches im spätern Mittelalter in der Person der Salmannen, auch für die Vergabungen von Todes wegen wieder eine feste Gestalt annahm; (s. unten §. 15 und 16.). — Andere Rechtssätze sind aus dieser Stelle mit einiger Sicherheit nicht zu entnehmen. Bei der Bezeichnung des Bedachten mit dem Worte heres steht dieses in der allgemeinen Bedeutung ei-

---

13) Form. Marculfi I. 13. Praeceptum de laesiuverpo per manum regis. Quicquid enim in praesentia nostra agitur, vel per manu nostra videtur esse transvulsum, volumus ac jubemus ut maneat in posterum robustissimo jure firmissimum. Ideoque veniens ille fidelis noster ibi in palatio nostro in nostra vel procerum nostrorum praesentia villas nuncupantes illas — — sua spontanea voluntate nobis per fistucam visus est leuseuverpisse vel condonasse, in ea ratione si ita convenit, ut dum vixerit eas ex nostro permisso sub usu beneficio debeat possidere; et post suum discessum, sicut ejus adfuit petitio, nos ipsas villas fideli nostro illo plena gratia visi fuimus concessise. — —

nes Nachfolgers in das Gut, (s. oben §. 3. Nr. II. b.); doch liegt darin zugleich die Andeutung, daß dem Tradenten ein Recht am Vermögen blieb, was sich auch aus der Stellung der Affatomie in den andern Rechtsquellen, die davon handeln, ergiebt, und wodurch eben die Benutzung dieses Titels in der Art, wie sie für die vorliegende Abhandlung geschehen ist, gerechtfertigt wird. — Die Annahme, daß die beiden Auflassungen 12 Monate aus einander gelegt sind, um den Erben die Gelegenheit zu verschaffen, ihr Beispruchrecht geltend zu machen, — kann ich nicht für begründet halten zufolge der oben (§. 5.) versuchten Ausführung; ich sehe darin nur eine willkührliche Fristbestimmung, vielleicht aus einem unbekannten Beweggrunde hervorgegangen. Die Zeit eines Jahrs kommt auch an andern Stellen schon früh als eine gesetzliche Frist vor[14]); aber an eine rechte Gewere, welche durch den Ablauf derselben nach der Auflassung entstanden wäre, ist noch nicht zu denken. Ich glaube nicht, daß man dieses Institut weit über das sächsische Landrecht wird hinaufführen können. — Daß die zweite Auflassung im Echteding oder vor dem Könige geschehen mußte, während die erste in einem gebotenen Gerichte vorgenommen wurde, widerstreitet nicht der Ansicht, welche ich oben (§. 4. Nr. II.) zu begründen gesucht habe. Denn theils handelt es sich hier nur von einem particulairen Rechte; theils wird die Auflassung nur in Beziehung auf ein eigenthümliches Geschäft erwähnt, dessen Form durch eine besondere Beliebung festgestellt war.

14) L. sal. tit. 48. De migrantibus. — Capit. I. Ludovici. P. ai. 819. c. 11. — Freiburger Stadtrecht von 1120, bei H. Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg im Breisgau. S. 17. Vgl. U. F. Kopp, Bilder und Schriften. I. S. 56. ff.

Das ripuarische Gesetz hat folgende Bestimmungen über die Affatomie:

L. Rip. tit. 48. De homine qui sine heredibus (*i. e. filiis*) moritur. Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia regis, sive vir mulieri vel mulier viro seu cuicunque libet de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem vel adfatimi per scripturarum seriem seu per traditionem et testibus adhibitis secundum legem ripuariam licentiam habeat.

tit. 49. De adfatimire. Quod si adfatimus fuerit inter virum et mulierem, post discessum amborum ad legitimos heredes revertatur, nisi tantum, qui parem suum supervixerit, in eleemosyna vel in sua necessitate expenderit.

Hiernach ward die Affatomie vor dem Könige eingegangen, aber wohl nicht ausschließlich: vielleicht war dieses erst später eingeführt, und wurde deswegen besonders hervorgehoben. Die Art und Weise, wie man das Geschäft vollzog, ist bezeichnet: per scripturarum seriem seu per traditionem et testibus adhibitis. Hasse [15]) hat darin eine doppelte Form ausgedrückt gefunden: die Charte komme gleichbedeutend mit der symbolischen Auflassung vor, und so, schließt er weiter, habe es nicht mehr weit seyn können bis zum Testament oder Erbvertrag. — Aber ein Blick auf die alten Rechtsquellen zeigt, daß seu sehr häufig nicht disjunctiv, sondern conjunctiv gebraucht wurde für et [16]); und wenn dieses auch hier geschah, so ist in

15) S. rhein. Museum. II. 2. S. 181 folg. Mittermaier Grundsätze u. s. w. §. 401. Note 7.

16) In der L. sal. kommt es nicht so vor, wohl aber L. Ripuar. tit. 88. Vgl. Grupen, teutsche Alterth. S. 26. Grimm, RA. S. 293. Note *.

jenen Worten nur ausgesprochen, daß man auch über dieses Geschäft eine Charte aufzusetzen pflegte [17]). Auf eine ganz analoge Weise findet sich häufig in den Traditionsformeln: per hanc chartulam donationis, (cessionis, traditionis) *sive* per festucam atque andelangum [18]). — Hasse nimmt zwar die betreffende Stelle für einen späteren Zusatz; aber er hat nicht angegeben, welchem Zeitraum er angemessen sey. Und um die von ihm gemachte Folgerung auf den Uebergang der Affatomie in Testament oder Erbvertrag zu rechtfertigen, hätte er jedenfalls nachweisen müssen, daß damals die Auflassung nur bei jenem Geschäfte und nicht allgemein durch die Schrift ersetzt werden konnte; — was sich aber weder in dem einen noch dem andern Fall so verhielt [19]).

Nur der Kinderlose konnte nach dem ripuarischen Volksrechte eine Vergabung seines Vermögens durch die Affatomie vornehmen; eine andere Beschränkung von Seiten der Erben ist nicht angedeutet, und auch jene war nicht einmal in dem salischen Gesetze erwähnt: in der ältern Zeit mag die Sitte den Kindern einen gleichen Schutz gewährt haben. Selbst das ripuarische Recht enthält jene Beschränkung mehr als eine stillschweigende Voraussetzung, denn als ein Verbot. Indessen ist hier nur von einer Vergabung des ganzen Vermögens die Rede, über deren rechtliche Bedeutung unten (§. 10.) ausführlich gehandelt werden soll. Natürlich mußte es einen großen Unterschied machen, ob jemand über seine ganze Habe oder einen einzelnen Hof, über einen solchen oder einen einzelnen Acker verfügte.

---

17) Epistola adfatima wird sie in Form. lindenbr. 50. genannt.

18) Form. lindenbr. 18. 55. 152.

19) Vgl. oben §. 4. Nr. III.

Jetzt kommt zur Frage, welches die Wirkung der Affatomie gewesen ist. Sie wird bezeichnet: adoptare in hereditatem seu adfatimi (al. adfatinnire). Der letzte Ausdruck ist unverständlich: es kommt also auf die Erklärung des ersten an. Daß hier an keine Adoption im Sinne des römischen Rechts zu denken ist, zeigt schon der Umstand, daß Eheleute unter einander ein solches Geschäft abschließen konnten [20]; auch geht die Form, wie bei den Saliern nur auf das Vermögen, indem die Auflassung nach beiden Rechten wesentliches Erforderniß ist. Durch die Auflassung konnte aber kein persönliches Verhältniß hervorgerufen werden, wie es z. B. in gewisser Beziehung durch die Einsetzung eines Erben geschieht, sondern nur ein rein sächliches: auch die Wirkung der Affatomie betraf daher nur das Vermögen. Nun ist ein Unterschied gemacht, je nachdem das Geschäft unter Eheleuten eingegangen, oder eine andere, verwandte oder fremde Person bedacht war. Für den ersten Fall enthält der Titel 49. genaue Bestimmungen: nach dem Tode beider Ehegatten fällt das Vermögen an die gesetzlichen Erben zurück, und der Längstlebende darf nur für Almosen und zur eigenen Nothdurft die Substanz angreifen. Daraus geht hervor, daß durch die Auflassung in diesem Fall regelmäßig nur ein lebenslänglicher Nießbrauch übertragen wurde, womit

---

20) Dieß hat Merlin übersehen, welcher im répertoire de jurisprud. tom. VI. p. 246. s. v. institution contract. §. 1., ohne auf das salische Gesetz Rücksicht zu nehmen, aus L. Ripuar. tit. 48. die Ansicht herleitet, daß nach fränkischem Rechte Kinderlose durch ein Testament oder eine Schenkung unter Lebenden mit hinzutretender Tradition andere adoptiren konnten; dieses sey durch Capit. IV. Caroli M. ai. 803. (s. unten Note 26.) auf die Adoption durch Tradition beschränkt worden.

eine markulfische Formel übereinstimmt [21]). Anders ist das Rechtsverhältniß in einer von Lindenbrog edirten Formel angegeben [22]): nach dieser tritt unter den Ehegatten ein Gesammteigenthum ein, und der Längstlebende vererbt das gemeinschaftliche Vermögen ausschließlich auf seine Erben. Eben das Gesammteigenthum war regelmäßig die Folge des Geschäftes, sowohl nach dem salischen, als ripuarischen Rechte [23]). Zwar behielt nach der oben citirten markulfischen Formel [24]) derjenige, welcher dem Könige durch den Halmwurf Grundstücke aufließ, damit er sie nach seinem Tode einem andern übertrage, nur durch des Königs Gnade den Nießbrauch; aber das mochte für den besonderen Fall angemessen erscheinen, da die Gleichheit des Verhältnisses bei dem Gesammteigenthum wohl der Würde des Königs nicht angemessen war.

---

21) Form. Marculfi I. 12.

22) Form. lindenbr. 50. Quandoquidem deus voluerit inter virum et uxorem ad pacis vinculum atque concordiam nectendam, ut res eorum inter se condonare deberent, sicuti et fecerunt. Ideoque complacuit et convenit inter venerabilem virum illum et uxorem illius —, eo quod inter eos agnatio minime esse cerneretur, ut alter alteri de rebus eorum inter se condonare deberent. Quod ita et fecerunt. Dedit itaque — vir ille uxori suae — de rebus suis in pago — — mansos tantos — —. Similiter visa est reddere uxor ill. — praefato jugali suo — de rebus suis in pago illo — mansos tantos — —. In tali vero tenore, ut quisquis de eis pari suo in hoc seculo superstes fuerit, omnes res quas dedit et quas accepit, in suo jure et dominatione recipere debeat habeatque tenendi, dandi, vendendi, commutandi *heredibusque suis* ad possidendum relinquendi liberam in omnibus potestatem. Propterea has duas *epistolas adfatimas* uno tenore conscriptas inter se fieri vel firmare rogaverunt, ut nullus quilibet de heredibus etc.

23) S. Eichhorn, Einleitung. §. 168. Note b.

24) Form. Marculfi I. 13., s. oben Note 13.

Auch das läßt sich wohl annehmen, daß, wenn die Auflassung nicht gegenseitig und unter besonderen Verhältnissen geschah, wie bei den Ehegatten, wo das Mundium wirkte — die Benutzung des Vermögens dem Tradenten bis auf seinen Tod ausschließlich blieb; in wiefern aber die Bestimmung des ripuarischen Gesetzes über die Schulden [25]) des Erblassers zur Anwendung kam, und wie sich überhaupt das Rechtsverhältniß im Einzelnen gestaltet habe — das kann nur durch Hypothesen beantwortet werden, welche hier nicht versucht werden sollen.

Schließlich ist noch ein Capitulare Karls des Großen [26]) zu erwähnen, welches sich auf den Titel 48. des ripuarischen Gesetzes bezieht; darin ist ausgesprochen, daß die Form des in diesem Titel behandelten Geschäftes die Auflassung gewesen sey, und diejenigen Behörden werden aufgeführt, vor welchen sie beschafft werden konnte.

---

25) L. Ripuar. tit. 67, 1. Si quis moriens debitosus aut testamenta venditionis seu traditionis aliqua fecerit, si filios aut filias non reliquerit, quicunque de parentibus suis, quantum unus solidus valet, in hereditatem acceperit, vel cui weregildus ejus, si interfectus fuisset, legitime obveniebat, omne debitum per ipsum solvi judicatur, et omne factum ejus idoneare studeat aut culpam incurrat. — Vielleicht hat auf diese Vorschrift das römische Recht Einfluß gehabt.

26) Capit. IV. Caroli M. ai. 803. sive de lege ripuarense. c. 7. (48.) Qui filios non habuerit et alium quemlibet heredem facere sibi voluerit, coram rege vel comite et scabinis vel missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in provincia fuerint ordinati, *traditionem faciat.*

§. 8.

Von dem Thinx des longobardischen Rechts.

Das longobardische Recht schließt sich in der Lehre von den Vergabungen von Todes wegen den allgemeinen Grundsätzen des altgermanischen Rechts an; jedoch enthält es, namentlich was die spätere Entwicklung derselben betrifft, manches Eigenthümliche, so daß auch hier eine besondere Erörterung angemessen erscheint. Erleichtert wird dieser Versuch durch den verhältnißmäßig großen Umfang der longobardischen Rechtsquellen; erschwert durch die häufige Unverständlichkeit der ihnen eigenthümlichen Ausdrücke, welche größten Theils nachlässigen und unverständigen Abschreibern und Interpreten zugeschrieben werden muß, und durch das frühe und reichliche Eindringen des römischen Rechts, welches nicht nur ergänzende Bestimmungen lieferte, sondern auch einige echtgermanische Institute wesentlich modificirte [1]). In dieser Beziehung ist es interessant zu beachten, wie hier fast derselbe Bildungsproceß sich zeigte, der ungefähr sechs bis sieben Jahrhunderte später in Deutschland zur vollständigen Reception des römischen

1) Außer den von v. Savigny, Geschichte des röm. R's im MA. II. §. 77 — 79, angeführten Stellen der longobardischen Gesetze, wo das römische Recht zur Anwendung gebracht ist, möchte ich noch aufmerksam machen auf die Art, wie die Erben für die Schulden des Erblassers haften, (L. Long. Rotharis. 369. 388. Liutprand. III, 2. VI, 102.); die letzte Stelle handelt insbesondere von der Einwirkung der Litis Contestatio bei dem Uebergang der Klagen auf die Erben, fehlt aber in einigen Handschriften; ferner auf die Einführung des Repräsentationsrechtes der Enkel, (L. Long. Grimoald. 5.). Die Anwendung der römischen Testamentslehre wird weiter unten untersucht werden.

Rechts führte; nur läßt es sich leider nicht in Abrede stellen, daß, was die kluge Beherrschung des fremden Rechts in Verhältniß zum einheimischen betrifft, der früheren Zeit der Vorzug gebührt: sie hat sich stets in einem gewissen Grade die Eigenthümlichkeit der verschiedenen Rechtsquellen bei den Instituten, wo sie vermischt zur Anwendung gebracht wurden, vorgehalten. Dieß wird sich zum Theil schon aus der folgenden Untersuchung herausstellen.

Im longobardischen Recht kommen zwei Ausdrücke vor, Thinx und Garathinx [2]), in einer Bedeutung, deren nähere Bestimmung hier von Wichtigkeit ist. Diese Wörter werden in einem doppelten Sinn gebraucht, einem allgemeinen und besonderen; was den ersten betrifft, so hält Grimm [3]) thinx (statt things) für einen Genitiv, wofür die Bildung des Verbums thingare, ferner thingatio (s. L. Long. Liutprand. VI, 19.) und besonders der Ausdruck: in garathingi spricht. Demnach wird der Nominativ thing geheißen haben, in einer sehr weit verbreiteten Bedeutung: Volksversammlung, Gericht [4]); welche auch in diesem Fall auf das longobardische Recht paßt. Denn in dem Schluß der Gesetzsammlung des Rotharis [5]) bezieht

---

2) Folgende Varianten finden sich von diesen Wörtern, welche ich hier ohne Kritik hersetze, wenn sie auch nur ein Beispiel der oben erwähnten Verstümmelungen liefern sollten: für thinx findet sich thincx in der alten Glosse bei Graff, Diutisca II. S. 358; für garathinx: ganethix, (Graff. a. a. O. S. 357.) garithinx, gairethinx, gargathingi, gargathangi, gargatuchin, angargatheit, arigargathungi.

3) Rechtsalterth. S. 333. Note **.

4) Grimm a. a. O. S. 747.

5) — Addentes quia etiam per gairithinx secundum ritum gentis nostrae confirmantes, ut sit haec lex firma et stabilis, quatinus — — ab omnibus nostris subjectis custodiatur.

sich das „per gairithinx confirmantes" auf die Zustimmung der Volksversammlung zu derselben, welche schon vorher erwähnt ist [6]); dasselbe ist der Fall, wenn dieser Ausdruck bei der Freilassung vorkommt [7]), und in den Stellen [8]), wo es heißt: adpretietur qualiter in garathingi, muß man ihn mit dem gesetzlichen Wergelde in Verbindung bringen, wie es im Volksrechte festgestellt, im Gerichte gewährt wurde. — Außerdem kommen Thinx und Garathinx noch in einer besonderen Bedeutung vor, indem man das Geschäft so nannte, wodurch eine Zuwendung auf den Todesfall beschafft wurde [9]). Das Verbum heißt dann thingare [10]), welches aber außerdem auch die

6) — pari consilio parique consensu cum primatis judicibus cunctoque felicissimo exercitu augente constituimus —.

7) S. z. B. L. Long. Rotharis. 225. — Tradat eum prius in manus alterius et per garathinx ipsum confirmet; —.

8) L. Long. Rotharis. 48. Si quis alii oculum excusserit, pro mortuo adpretietur qualiter in garathingi (id est, secundum qualitatem personae). eod. 79. — componat, qualiter in garathingi, (id est, secundum qualitatem personae). — Der eingeklammerte Zusatz ist wohl eine spätere Glosse.

9) S. z. B. L. Long. l. c. 167. — Et si quis alicui — — garathinx fecerit —. eod. 171. Si quis desperaverit — quod filios non possit habere et res suas alii thingaverit, posteaque eum contigerit filios legitimos procreare, omne thinx, quod est donatio quae prius facta est, rumpatur — —.

10) S. die vorhergehende Note. Für thingare kommt auch judicare vor; dieses Wort hat eine weitere und eine engere Bedeutung: in der ersteren heißt es verfügen (disponere); s. L. Long. Liutprand. I, 5. III, 4. L. Alaman. tit. 37, 2. L. Wisigoth. lib. IV. tit. 2. c. 16. tit. 5. c. 1 und 2. lib. V. tit. 2. c. 2. In der engeren Bedeutung ist es die Uebersetzung von thingare: eine Zuwendung von Todes wegen machen. So ist es namentlich den longobardischen Gesetzen sehr geläufig; s. L. Long. Rotharis. 228. Liutprand. I, 6. IV, 1. VI, 48. Aistulph. 5. — Auf

Bedeutung von: frei lassen (manumittere) hat [11]). Thinx als Vergabung gedacht erklärte sich leicht, wenn man annehmen dürfte, daß diese stets vor dem Volke im Echteding habe geschehen müssen; dafür scheint auch in der That zu sprechen:

L. Long. Rotharis. 173. Si quis res suas thingare voluerit, et dixerit in ipso thinx etc.

Aber wenn man hier Thinx für Gericht nehmen und daraus schließen will, daß jenes Geschäft nothwendig ein gerichtliches habe seyn müssen; so ist die unmittelbar vorhergehende Stelle kaum damit zu vereinen.

l. c. 172. Si quis res suas alii thingare voluerit, non absconse sed ante liberos homines ipsum garathinx faciat, quatenus qui thingat et qui gisil fuerint, liberi sint, ut nulla in posterum oriatur intentio.

Nach diesem Gesetz sind zur Abschließung jenes Geschäfts nur Zeugen, und zwar freie Zeugen erforderlich, was sich auch klar aus einer alten, hierher gehörigen Formel ergiebt.

Form. Petre te appellat Martinus, quod tu tenes ei terram malo ordine in tali loco. „Ipsa terra mea propria est: ecce carta, quam tu mihi fecisti." Contra legem est ipsa carta, quod non fuerint testes liberi [12]).

---

dieselbe Weise findet sich judicatum als Verfügung (s. Lupi cod. dipl. I. p. 645. (a. 806.)) und als Vergabung, s. Muratori ant. ital. III. p. 587. (a. 787.).

11) S. z. B. L. Long. l. c. 156. — si pater comparaverit eum et liberum thingaverit — —. eod. 225. Dieses Wort kommt nur bei der echtlongobardischen Freilassung im Gegensatz zur römischen vor; s. L. Long. Liutprand. II, 3. IV, 5.

12) L. Long. Caroli M. 94. ist dem Capit. IV. Caroli M. ai. 803. de lege ripuariensi entlehnt, (s. §. 7. Note 26.) und wohl nur aus Versehen in die longobardische Gesetzsammlung gekommen.

Man muß daher wohl annehmen, daß in der l. 173 cit. mit Thinx das Geschäft bezeichnet, und in ipso thinx etwa: bei dem Thinx, zu übersetzen ist. Wenn man aber dennoch diese besondere Bedeutung mit der vorher gefundenen allgemeinen in Verbindung bringen will, so läßt sich denken, daß, wie allenthalben unter den Germanen, es auch bei den Longobarden gebräuchlich gewesen ist, die versammelte Volksgemeinde zu benutzen, um das Zeugniß eines abgeschlossenen Geschäftes zu erlangen; und daß auf eine analoge Weise, wie der Vertrag allgemein im alten Recht als Ding und Geding vorkommt [13]), obgleich die gerichtliche Abschließung desselben nicht nothwendig, nur gewöhnlich war, sich bei den Longobarden diese Benennung auf ein so wichtiges Rechtsgeschäft concentrirt hat, als die Vergabung von Todes wegen ist.

Die Form des Thinx trifft genau mit dem zusammen, was oben (§. 4. Nr. II.) über die Art und Weise gesagt ist, in welcher die feierliche Auflassung vollzogen wurde: entweder vor Gericht oder vor Zeugen. Nun giebt es zwar in den longobardischen Gesetzen kein ausdrückliches Zeugniß dafür, daß zur Gültigkeit des Thinx die Auflassung nothwendig erfordert wurde, wie dieß im vorhergehenden Paragraphen von der fränkischen Affatomie nachgewiesen werden konnte; und in den von mir benutzten Urkundensammlungen habe ich überhaupt keine Charte über das alte longobardische Geschäft gefunden [14]), indem es, wie später gezeigt werden soll, früh seine Eigenthümlich-

---

13) S. Grimm, Rechtsalterth. S. 600. 747.

14) Daß sie übrigens gebräuchlich waren, zeigt: L. Long. Liutprand. VI. 1. Si quis chartam donationis per garathinx *factae* etc.; so ließ gewiß richtig der cod. estens. statt: factam.

keit verlor. Dennoch aber fehlt es nicht an Gründen, welche zu der Meinung berechtigen, daß, so wie bei den Vergabungen nach den anderen Volksrechten, auch hier eine Handlung nöthig gewesen ist, die ein sogleich wirksames dingliches Recht übertrug. Der Beweis muß theils den in den Gesetzen angegebenen Wirkungen des Geschäftes entnommen werden; theils bietet eine Stelle über die Form desselben einen Anhaltspunkt. Was die erste Beziehung anlangt, so will ich nur vorläufig auf ein Gesetz des Rotharis [15]) aufmerksam machen, in welchem der Auctor zum Bedachten, der, nachdem das Thinx gültig abgeschlossen ist, in Gefahr steht, die ihm zugewandten Sachen zu verlieren, die Worte sagt: res ipsas conserva in tua proprietate. Also die Proprietas, das Eigenthum war auf den Empfänger übergegangen, welches, da die Stelle von Grundstücken spricht, rückwärts auf die Auflassung schließen läßt. — Ueber die Form handelt:

L. Long. Liutprand. VI, 19. De donatione, quae sine thingatione aut sine launechild facta est, minime stare debeat: quia etsi specialiter in Edicto sic non fuit institutum, tamen usque modo sic fuit judicatum. Ideoque pro errore tollendo hoc scribere in Edicti pagina jussimus, ut qui fuerint propinqui parentes, ipsi succedant. Et si ille superstes fuerit, qui ipsam donationem sine launechild dedit, possit eam ad se recolligere; — —.

Unter Donatio ist hier wohl allgemein eine unentgeltliche Zuwendung, eine Liberalität zu verstehen [16]); damit

---

15) L. Long. Rotharis. 173. S. unten S. 119.

16) Fast allenthalben, wo in den longobardischen Gesetzen das Thinx vorkommt, findet sich der Zusatz: quod est donatio; s. z. B.

sie gültig werde, mußte entweder ein Launechild oder die Thingatio hinzutreten. Ersteres bedeutet eine Gegengabe und war bei der reinen Schenkung ein wesentliches Erforderniß [17]); es hatte die Wirkung der Arrha [18]), und kommt als solche in den veroner Formeln [19]) auch bei an-

---

L. L. Rotharis 171. 378. — Dieß ist höchst wahrscheinlich eine spätere Glosse. Wie diese den Text corrumpirt haben, ersieht man recht deutlich aus L. L. Rotharis 223., welche in der gewöhnlichen Recension lautet: Si quis ancillam suam propriam matrimoniare voluerit ad uxorem, sit ei licentia; tamen debeat eam liberam thingare, sic liberam, quod est widerboram, et legitimam facere per garathinx, *id est, per libertatis donationem vel per gratuitam donationem*, *id est morgengab*. — — Diese Stelle hat Baluz in den Noten zu den Capitularien (II. p. 992.) aus einer alten Handschrift der thuanischen Bibliothek so wieder hergestellt, daß die Erklärung von Garathinx nur als eine spätere Glosse erscheint.

17) L. Long. Rotharis. 175. Si quis res suas cuicunque donaverit, et postea, qui donaverit, launechild requisierit, tunc ille, qui acceperit, aut heredes ejus jurent, quod launechild redditum sit. Et si ausus non fuerit, jurare, quod compositum sit, reddat ei ferquido, id est simile, quale in illa die fuit, quando donatum est. Et si juraverit, sit absolutus. — Diese Gegengabe pflegte aber geringfügig zu seyn; s. Muratori ant. ital. V. p. 750. — mantello uno (ein Mantel). — Lupi cod. dipl. I. p. 686. (a. 840.) — et recepi — launechildo par uno manitias (ein Paar Handschuh, vgl. Ducange s. v. manicia). Muratori SS. rer. ital. II. p. 362. (a. 814.) — Et statim sua bona — perdonaverunt, — et susceperunt ab iis launechild manicias par unum.

18) Muratori ant. ital. V. p. 750. (a. 863.) — Et pro predicti ampliorem firmitatem et securitatis ritus gentis nostre Longobardorum accepti launichild mantello uno, ut plus firmis et stabilis permaneat. — Eine sehr elegante Fiction findet sich bei den Schenkungen an Sklaven: L. L. Aistulph. 3. — Et pro launechild imputetur ei servitium, quia servus non habet, unde launechild ei faciat.

19) S. Canciani II. p. 472 sqq. — Walter. c. j. g. a. III. p. 552. No. 12. — p. 554. No. 16.

dern Geschäften vor. Was aber ist unter der Thingatio zu verstehen? Wenn man erwägt, daß bei dem Thinx nie ein Launechild erwähnt wird, und daß in dem abgedruckten Gesetze statt dessen die Thingatio als eine andere Form der Zuwendungen genannt ist; so drängt sich die Vermuthung auf, daß hier an einen Gegensatz der Schenkung unter Lebenden und von Todes wegen gedacht ist, und zwar so, daß für die letztere als unbedingt nothwendig die Thingatio galt, worunter denn, nach Analogie der andern Volksrechte, die Auflassung zu verstehen wäre. Zwar mußte diese auf jede Schenkung von Immobilien folgen; der Unterschied lag aber darin, daß eine Zuwendung von Todes wegen durch sie überhaupt nur möglich gemacht wurde. Für jene Erklärung spricht auch der Umstand, daß Karl der Große unbedenklich bei den longobardischen Vergabungen die Ausdrücke traditio, tradere gebraucht [20]), womit vorzugsweise die Auflassung bezeichnet wurde [21]). Noch ist zu bemerken, daß kein Unterschied aufgefunden werden kann, weder in der Form noch in der Wirkung, zwischen Thinx und Garathinx; die Glosse des Carolo de Tocco [22]) hat es zwar versucht, einen solchen anzugeben, aber ohne allen Grund; auch hebt sie ihn am

---

20) L. Long. Caroli M. 78. 79.

21) S. oben §. 4. S. 22 ff.

22) Glossa ad L. Long. lib. II. tit. 15. l. 1. (Rotharis 172.) thingare. i. e. universaliter donare, licet aliter quandocunque ponatur; l. de filio supra de successionibus. (Rotharis. 156.) Et dicitur proprie thinx, quando donatur res spiritualis; garathinx vero, quando donatur universitas: sed quandocunque confunduntur, ut hic. — Eine alte Glosse bei Graff, Diutisca II. p. 358. erklärt thincx: donatio; ganethix: obligatio, (s. a. a. O. p. 357.); aber wie wenig ihr zu trauen ist, zeigen folgende ihr entlehnte Erklärungen: meta: promissio t. compositio; morgincap: quarta pars.

Ende selbst wieder auf. Beide Ausdrücke werden vielmehr ganz synonym gebraucht, so daß sie abwechselnd an derselben Stelle in gleicher Bedeutung vorkommen [23]). —

Die vorhergehende Erörterung über die Form des Thinx enthält zugleich eine Hinweisung auf die Wirkung, welche mit demselben verbunden war, indem sie allgemein als die der Auflassung sich angekündigt hat. Aber dadurch wird eine genauere Untersuchung nicht entbehrlich gemacht, weil das longobardische Recht selbst manches Eigenthümliche enthält, und gerade in dieser Lehre früh von dem römischen Recht modificirt ist. Im Folgenden ist namentlich der Versuch gemacht worden, aus den auf uns gekommenen Quellen die ursprünglichen und echtgermanischen Bestandtheile des Thinx auszuscheiden und hervorzuheben.

Wenn man die einzelnen Stellen betrachtet, welche von dem Thinx handeln, so stellt es sich nach einigen als ein Geschäft dar, wodurch jemand zum Erben eingesetzt wurde.

L. Long. Rotharis. 157. De eo, qui de filio naturali generatus fuerit, quod est threus, heres non fiat, nisi ei thingatum fuerit per legem. Et si ei thingatum non fuerit aliquid de rebus, tantum libertas illi permaneat.

Diese Stelle würde noch nicht dazu berechtigen, heres hier in der Bedeutung des römischen Rechts zu nehmen; nach dem, was oben (§. 3. Nr. II. b.) beigebracht ist, ließe er sich auch als Singularsuccessor denken. Bedenklicher aber ist:

L. Long. Rotharis. 174. Nulli donatori liceat ipsum thinx, quod antea fecerit, iterum in alium hominem

23) L. Long. Rotharis. 174.

transmittere. Tantum est, ut ille, qui garathinx susceperit, tales culpas non faciat donatori suo, quales solent ingrati filii parentibus suis facere, per quas exheredantur, quae in hoc Edicto scriptae sunt. Ipse autem, qui garathinx susceperit ab illo, quicquid reliquerit donator in diebus obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere, et debitum creditoribus solvere, et aliis requirere; et quod in fiduciae nexu positum est, reddat debitum, et requirat rem in fiduciae nexu subpositam.

Im ersten Satz freilich wird, wie es scheint, gerade gegen das römische Recht angekämpft, indem die Worte: Nulli donatori etc. wohl gegen die Voluntas ambulatoria bei den römischen letztwilligen Verfügungen gerichtet sind. Denn eine solche Widerruflichkeit abgeschlossener Geschäfte lag dem germanischen Rechte zu fern, als daß eine selbstständige Neigung dahin ein Verbot hätte nothwendig machen sollen. Aber gleich die folgenden Worte: Tantum est — scriptae sunt, müssen auf römisches Recht bezogen werden; denn die Bestimmungen der Nov. 115. über die Enterbung der Kinder und Eltern sind ins longobardische Recht übergegangen [24]). Derjenige also, dem ein Thinx gemacht war, trat, was die Widerruflichkeit betrifft, in dasselbe Verhältniß zum Auctor, worin die Kinder zu ihren Eltern standen, insofern sie deren Erben waren [25]). Der Schluß der Stelle: Ipse autem — nexu subposi-

---

24) S. L. Long. Rotharis. 168. 169. Vgl. v. Savigny Geschichte des röm. R's im MA. II. §. 78.

25) Auch im schwäb. Landrecht, Art. 311. §. 7. ist demjenigen, welcher einem andern durch ein Geschäft Güter zugewandt hat, die Aufhebung desselben aus den Gründen gestattet, wegen welcher die citirte Novelle Kinder enterben läßt. S. unten §. 9. Note 23.

tam, bringt den Bedachten ganz in die Lage des römischen Erben, indem er als Repräsentant des Erblassers erscheint. — Eine ähnliche Anwendung des römischen Rechts blickt an einer andern Stelle [26]) durch, nach welcher der Postumus das Thinx rumpirt, und zwar ganz, wenn eheliche Söhne; theilweise, wenn natürliche Söhne oder eheliche Töchter nachgeboren sind, und im letzten Fall erbt der Bedachte, wie der nächste Erbe gethan haben würde, wenn jener fehlte, — mit den Kindern gemeinschaftlich [27]).

Wenn bloß diese Gesetze zur Beurtheilung der Wirkungen des Thinx vorlägen, so wäre es eine schwierige Sache, anzugeben, wie weit das römische Recht auf deren Entwicklung von Einfluß gewesen ist, und so die ursprüngliche Gestalt des Geschäftes bestimmt hervortreten zu lassen. Denn auch vorausgesetzt, daß dadurch von jeher nur ein gesetzliches Erbrecht übertragen wurde; so berechtigen uns doch die allgemeinen Grundzüge des altgermanischen Rechts zu der Annahme, daß der longobardische Erbe, sey er dazu geboren oder gemacht, seinen Erblasser in der Aus-

---

26) L. Long. Rotharis. 171. Si quis desperaverit propter senectutem aut aliquam corporis infirmitatem, quod filios non possit habere, et res suas alii thingaverit; posteaque eum contigerit filios legitimos procreare, omne thinx, quod est donatio, rumpatur, et filii legitimi unus aut plures, qui postea nati fuerint, heredes patri in omnibus succedant. Si autem filiam legitimam unam aut plures seu filios naturales unum aut plures post thinx factum habuerit, habeant et ipsi legem suam, sicut supra constitutum est, tamquam si nihil alii thingatum fuisset. Et ille, cui thingatum est, tantum habeat, quantum alii parentes proximi debuerant habere, aut curtis regia suscipere, si illi thingatum non fuisset.

27) Ueber das Erbrecht der ehelichen Töchter und natürlichen Söhne s. L. Long. Rotharis. 154. 158 — 162.; das der ersteren ist später erweitert: s. L. L. Liutprand. I, 1.

dehnung des römischen Rechts ursprünglich nicht repräsentirt hat. — Es bietet sich aber eine Stelle dar, welche diese Untersuchung um ein Bedeutendes fortrücken läßt, indem sie nicht allein wichtige Aufschlüsse liefert über das Wesen des Thinx zu Rotharis Zeit, sondern auch den Faden in unsere Hände giebt, welcher zu der ursprünglichen, reingermanischen Beschaffenheit dieses Geschäftes hinführt. Folgendes Gesetz ist gemeint:

L. Long. Rotharis. 173. Si quis res suas alii thingaverit, et dixerit in ipso thinx: lidolaip [28]), id est, quod in die obitus sui reliquerit, non dispergat ipsas res postea doloso animo, et fruatur eas cum ratione. Et si talis evenerit necessitas, ut terram cum mancipiis vendere, aut loco pignoris ponere debeat, aut sine mancipiis, dicat prius illi cui thingaverit: Ecce vides, quia necessitate compulsus res istas vado dare aut vendere; si tibi videtur, subveni mihi, et res ipsas conserva in tua proprietate (*al. in tuam proprietatem*). Tunc si noluerit ei subvenire, quod alii dederit sit illi stabile et firmum, qui acceperit.

Hier sind für denjenigen, welcher einem andern ein Thinx gemacht hat, zwei Vorschriften gegeben. 1) Er soll nicht betrüglich die zugewandten Güter vergeuden, sondern sie verständig benutzen. 2) Im Fall der echten Noth darf er Grundstücke und Hörige veräußern (verkaufen und verpfänden), aber nicht eher, als nachdem er den von ihm Bedachten vergebens aufgefordert hat, ihm beizustehen. — Eichhorn [29])

28) Das erinnert an „todleibe", womit das schwäb. Landrecht, Art. 270. und 273. das Heergewette bezeichnet.

29) St. und RG. I. §. 59. Note l. — Einleitung §. 344. Note b.

nimmt an, daß nach dieser Stelle derjenige, welcher behufs einer Vergabung von Todes wegen ins Gesammteigenthum aufgenommen wurde, die Rechte der nächstgesippten Erben erhalten habe. Dieß hängt mit der Ansicht des genannten Gelehrten über die Stellung der nächsten Erben bei der Veräußerung von Grundstücken zusammen. Ich habe oben (§. 5.) eine zum Theil abweichende Auffassung dieser Lehre für das ältere deutsche Recht zu begründen versucht, und beziehe mich hier auf das daselbst Vorgebrachte. Jedoch muß, was Eichhorn's Ansicht betrifft, hier noch besonders darauf aufmerksam gemacht werden, daß in der vorher abgedruckten Stelle der Bedachte nicht bloß rücksichtlich der Immobilien, sondern überhaupt aller Güter geschützt ist, gegen deren dolose Vergeudung das erste Verbot geht; und daß die Veräußerung der Grundstücke aus Noth durch kein gesetzliches Vorkaufsrecht beschränkt ist, wie z. B. in der L. Saxon. tit. 17., sondern durch die Verbindlichkeit des Auctors, vor dem Verkauf, der Verpfändung den Freund um eine Unterstützung anzugehen: wenn diese geleistet wurde, so fiel der einzige Grund und damit das Recht zur Veräußerung weg. Daraus geht hervor, daß, wenn Eichhorn's Ansicht von dem Recht der nächsten Erben auch begründet ist, die Vorschriften dieses Gesetzes doch nicht ganz zu demselben Resultate führen. Außerdem sind aber in dem longobardischen Recht selbst Gründe enthalten, welche darauf hinweisen, daß es den nächsten Erben gar nicht die Befugniß einräumte, durch ein Beispruchrecht bei Veräußerungen sich die Erbfolge zu bewahren. — Demjenigen, welcher einen Eid mit Eideshelfern schwören sollte, durften nicht solche Verwandte dazu ausgewählt werden, die einem Fremden ihr Vermögen durch Thinx zugewandt hatten: das

erschien als ein Zeichen der Feindschaft [30]). Daraus ergiebt sich, daß den Verwandten [31]) kein Mittel gegeben war, die Vergabung des Vermögens von Todes wegen an einen Fremden zu verhindern, wie denn auch der durch das Thinx Bedachte ganz allgemein als die nächsten Erben ausschließend aufgeführt wird [32]). Wenn ihnen aber der ganze Nachlaß entzogen werden konnte, so werden sie noch weniger ein Beispruchrecht bei der Veräußerung einzelner Güter gehabt haben. Das Schweigen der Gesetze über diesen Fall wäre um so merkwürdiger, da doch ausdrücklich angeführt ist, daß die Weiber bei jeder Veräußerung an die Einwilligung dessen gebunden waren, welcher das Mundium über sie hatte [33]).

Diese Gründe berechtigen zu der Ansicht, daß die in l. 173. cit. aufgestellte Beschränkung der Veräußerung dem Thinx eigenthümlich war. Wenn man nun annimmt,

---

30) L. Long. Rotharis. 365. Si quis alii wadiam et fidejussorem de sacramento dederit, omne quod per wadiam et fidejussorem obligavit, adimpleat, et ille qui pulsat et wadiam suscepit, proximiores sacramentales, qui nascendo sunt, debeat nominare tantum. Excepto illo, qui gravem inimicitiam cum ipso, qui pulsatur, commissam habet, id est, si ei plagam fecerit, aut in morte ejus consenserit, *aut res suas alii thingaverit*, ipse non potest esse sacramentalis, *quamvis proximus sit*, eo quod inimicus et extraneus esse invenitur. —

31) Die Kinder hatten hier ein besonderes Recht; s. oben Note 26 und 27.

32) S. oben Note 26.: — Et ille, cui thingatum est etc.

33) L. Long. Rotharis. 205. Nulli mulieri liberae sub regni nostri ditione, lege Longobardorum viventi, liceat in suae potestatis arbitrio, id est selbmundiae vivere; nisi semper sub potestate viri aut potestate curtis regiae debeat permanere; nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius, in cujus mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi.

daß dieses Geschäft eine Vergabung von Todes wegen war, welche, durch die Auflassung vollzogen, dem Empfänger ein Gesammteigenthum gab an den ihm übertragenen Gütern; so stellt sich das ganze dadurch begründete Rechtsverhältniß, und namentlich der Inhalt des angeführten Gesetzes leicht und natürlich dar: die Benutzung blieb dem Tradenten ausschließlich während seines Lebens, aber bei der Veräußerung war er gebunden. S. oben §. 6. Note 48. — Ob nach dem longobardischen Rechte stets das ganze Vermögen zum Gegenstand einer solchen Vergabung hat gemacht werden können, oder ursprünglich nur Grundstücke mit ihren Pertinenzien, so daß Ersteres eine Folge des römischen Rechts gewesen seyn könnte; darüber soll hier keine besondere Untersuchung angestellt werden, weil weiter unten (§. 10.) eine allgemeinere folgen wird [34]). Gewiß ist, daß nach den uns erhaltenen longobardischen Gesetzen das ganze Vermögen so übertragen werden konnte; und dann stellte sich das Verhältniß auf die von Rotharis angegebene Weise. Im allgemeinen mußte der gute Glaube walten, weil der Tradent nicht im Genuß und nöthigen Verkehr gehemmt werden sollte: deswegen durfte er die Güter nicht betrüglich vergeuden, — was sich aber wohl auf die fahrende Habe bezog; denn weder durfte er überhaupt ein neues Thinx machen [35]), noch die Grundstücke und Hörige veräußern, es sey denn, daß er in Noth kam, und der, welchen er so freigebig bedacht hatte, ihn nicht unterstützen wollte:

---

34) Ob der Ausdruck: aliquid de rebus suis thingare (s. L. Long. Rotharis. 156. 157.) — auf eine Quote des Vermögens oder auf einzelne Grundstücke gegangen ist, wage ich nicht zu entscheiden; auf die fahrende Habe gewiß nicht. S. unten §. 10. zu Anfang.

35) L. Long. Rotharis 174; s. oben S. 116.

dann trat vor der Billigkeit das strenge Recht zurück. — Wie weit derjenige, dem ein solches Thinx gemacht war, von dem römischen Testamentserben entfernt stand, leuchtet ein; aber das hatten doch beide gemein, daß sie die Güter eines Verstorbenen erlangten, ohne seine gesetzlichen Erben zu seyn. Obgleich nun gezeigt ist, daß man die eigenthümliche Stellung des einheimischen Instituts wohl zu bewahren wußte; so mag doch eben jene Aehnlichkeit die Veranlassung gewesen seyn, daß man darauf verfiel, Grundsätze aus dem römischen Erbrecht auf dasselbe anzuwenden, und so in einigen Beziehungen dem Bedürfniß abzuhelfen, welches die verwickelteren Verhältnisse der späteren Zeit hervorgerufen haben mochten.

Auf eine von dem Thinx abweichende Weise haben sich im longobardischen Rechte diejenigen Vergabungen entwickelt, welche für der Seele Heil zu frommen Zwecken 36)

36) Bei den Vergabungen hat der Ausdruck: „pro anima" diese bestimmte Bedeutung, welche übrigens auf sehr verschiedene Weise bezeichnet wird: ad animae salutem, in remissionem peccatorum, ad promerendam aeternam beatitudinem, pro remedio animarum nostrarum, nostrorum parentum, liberorum etc.; vgl. J. A. Kopp, de testam. Germ. §. 3. (s. oben §. 6. Note 46.). — In L. Long. Caroli M. 79. und Ludovici P. 14. ist der Ausdruck bloß mit casa dei und venerabilis locus zu verbinden; ohne allen Zusammenhang und allein durch die Gedankenlosigkeit der Schreiber findet er sich in zwei Urkunden bei Muratori ant. ital. V. p. 751. und 753. — Diese engere Bedeutung, welche die Vergabungen durch den Zusatz „pro anima" oder einen ähnlichen erhielten, und noch andere Gründe, welche aus dem, was im Text folgt, hervorgehen, haben mich veranlaßt, von v. Savigny's Erklärung abzuweichen, welcher annimmt, (Gesch. des röm. R's. im MA. II. §. 78.) daß in L. Long. Liutprand. 1. 6. Aistulph. 3. die Testamente im allgemeinen und auf unbestimmte Weise als gültig anerkannt sind. Auch in diesen Stellen kommt die angeführte Beschränkung vor, s. unten Note 38.

gemacht wurden, indem sie, um gültig zu seyn, keiner bestimmten Form bedurften; wenigstens ist es ausdrücklich bestimmt, daß weder die Auflassung noch das Launechild bei ihnen nothwendig war [37]); sie konnten selbst noch auf dem Todbette gemacht werden [38]), und Knaben, die nach longobardischem Recht noch nicht über ihr Vermögen verfügen durften, waren für diesen Fall ausnahmsweise dazu berechtigt [39]). Was aber das Wichtigste ist, diese Geschäfte erscheinen als einseitige letztwillige Verfügungen, (s. Note 38.) und wenn die vorher erwähnten Abweichungen darauf hinwiesen, daß das römische Recht sich bei ihnen auf eine viel umfassendere Art geltend gemacht hat, als bei dem Thinx; so berechtigt der letzte Umstand zu der Annahme, daß sie demselben allein ihre Entstehung verdankt haben. Jedoch ist es auf der andern Seite gewagt, sie geradezu als römische Testamente zu bezeichnen; denn sie weichen in wesentlichen Stücken von denselben ab: namentlich fehlte durchweg die Einsetzung eines Erben, und

---

37) Nach den S. 113. abgedruckten Worten aus L. Long. Liutprand. VI. 19. heißt es weiter: excepto si in ecclesia aut in loco sacro aut in xenodochio *pro anima sua* aliquid quispiam donaverit, stabile debeat permanere. Quia in loco sanctorum aut in xenodochio nec thinx aut launechild impedire debet, *eo quod pro anima sua factum est.*

38) L. Long. Liutprand. I. 6. Si quis Langobardus, ut habet casus humanae fragilitatis, aegrotaverit, quamquam in lectulo jaceat, potestatem habeat, dum vivit et recte loqui potest, *pro anima sua* judicandi vel disponendi de rebus suis, quomodo aut qualiter voluerit, et quod judicaverit, stabile debeat permanere. — eod. Aistulph. 3. — — Et ita sancimus, ut si quis Langobardus per chartam in sanitate aut in aegritudine res suas ordinaverit, et dixerit *eas habere loca venerabilia* etc.

39) eod. Liutprand. IV. 1. Vgl. Muratori ant. ital. V. p. 619. (a. 794.) eod. p. 621. (a. 1000?).

auch die Form der Testamente war ihnen, so weit sie überhaupt bei ihnen zur Anwendung kam, nicht eigenthümlich, denn die schriftliche Abfassung und die bestimmte Zahl rogirter Zeugen [40]) kamen auch bei reinen Schenkungen unter Lebenden vor [41]).

Von diesen Seelgiften blieben andere Vergabungen auf den Todesfall im longobardischen Recht vorläufig getrennt, wie sich schon aus dem oben angeführten Gesetz des Liutprand (VI. 19.) ergiebt; und wenn auch früh über das Thinx Urkunden aufgesetzt wurden [42]), so ist doch zugleich bestimmt, daß das Erbrecht zum öffentlichen Rechte gehörte, und der Longobarde nicht durch ein römisches Testament sich der ihm von seinem Volksrecht vorgeschriebenen Form der Vergabung überheben sollte [43]).

---

40) S. Lupi cod. dipl. I. p. 527. (a. 774.) — Muratori l. c. V. p. 620. (a. 794.). v. Savigny a. a. O. II. §. 83.

41) S. Fumagalli codice dipl. Sant' Ambrosiano. No. 8. (a. 765.) No. 10. (a. 769.) — Muratori l. c. I. p. 341. (a. 1029.) III. p. 1013. (a. 783.) V. p. 619. (a. 794.). — In diesen Stellen kommen 5 Zeugen vor. Vgl. v. Savigny a. a. O. §. 2. Note d.

42) L. Long. Liutprand. VI. 1., s. oben Note 14.

43) eod. VI. 37. Die Schreiber sollen die Urkunden nur nach römischem und longobardischem Rechte verfassen. — Et quicunque de lege sua discedere voluerit, et pactiones aut convenientias inter se fecerint, et ambae partes consenserint, istud non reputetur contra legem, quod ambae partes voluntarie faciunt. Et illi, qui tales chartulas scribunt, culpabiles non inveniuntur esse. Nam quod ad hereditandum pertinet, per legem scribant: —. Vgl. v. Savigny a. a. O. I. §. 44. Doch kann ich darin nicht mit ihm übereinstimmen, daß das „quod ad hereditandum pertinet" sich bloß auf die Formen der Testamente bezieht; ich glaube vielmehr, daß im letzten Satze überhaupt ein Verbot der testamentarischen Disposition für die Longobarden enthalten ist: die Charte über ein abgeschlosse-

In den Urkundensammlungen finden sich indessen schon ziemlich früh Beispiele von einseitigen Verfügungen auf den Todesfall, welche nicht allein fromme Vergabungen enthalten. Von diesen kann ein großer Theil nicht hierher gerechnet werden, weil er von Geistlichen herrührt, welche notorisch nach römischem Rechte lebten; von vielen aber ist es gewiß, daß sie von Laien gemacht sind, welche Barbaren waren. Diese Abweichung von dem vorher aufgestellten Princip ließe sich vielleicht auf folgende Weise erklären. Ich habe kein Beispiel der bezeichneten Verfügungen, von Laien ausgestellt, gefunden, worin nicht eine Seelgift die wichtigste Bestimmung oder wenigstens das Heil der Seele reichlich bedacht war. Die weltlichen und kirchlichen Vergabungen durchdringen sich nun in diesen Urkunden meistens so innig, daß der eine Theil nicht füglich ohne den andern zur Ausführung gebracht werden konnte. Bedenkt man nun, welches Interesse und welche Mittel die Geistlichkeit hatte, die ihr günstigen Bestimmungen aufrecht zu erhalten; wie sehr der Geist der damaligen Zeit sich überhaupt zu solchen Anordnungen hinneigte, und wie natürlich eine noch umfassendere Anwendung des römischen Rechts in einer Lehre war, über welche es schon, wie oben gezeigt ist, so Vieles vermochte: so wird die Annahme nicht zu kühn erscheinen, daß eben durch die Vermischung jener ihrem Zweck nach verschiede-

---

nes Thinx hatte eine ganz andere Bedeutung, als ein schriftliches Testament. — Für diese Erklärung spricht auch L. Long. Liutpr. VI. 51. — Nam pater non possit filios illicitos neque per thinx neque per qualecunque colludium heredes instituere. — Das „per qualecunque colludium" beziehe ich unbedenklich auf die Testamente des römischen Rechts; auf das Thinx, obgleich hier in derselben Stellung, geht diese tadelnde Bezeichnung nicht.

nen Verfügungen auch der eigentlich ungesetzliche Theil Bestand erhielt, und so dem römischen Recht neue Siege bereitet wurden. — Aus der Zeit, wo noch die longobardischen Könige Wacht hielten über die einheimischen Gesetze, ist mir kein Beispiel der angegebenen Art vorgekommen; erst später, als die Siege der Franken die Kraft und Einheit des Volksstamms gebrochen hatten, konnten solche dem Gesetz widerstrebenden Veränderungen sich geltend machen. Zwar wandte Karl der Große seine Aufmerksamkeit auf die Vergabungen bei den Longobarden, und verbot ohne Ausnahme die Widerruflichkeit derselben [44]), indem er nur diejenigen davon ausnahm, welche sich auf eine bestimmte, gegenwärtige Lebensgefahr bezogen, insofern der Schenker sie überstanden hatte [45]); aber Karl scheint das eigenthümlich longobardische Recht nicht genau

---

44) L. Long. Caroli M. 78. Si quis Longobardus statum humanae fragilitatis praecogitans, pro salute animae suae de rebus suis voluerit judicare vel chartam donationis cuilibet facere, non sicut hactenus fieri solebat, jus sibi vendendi, donandi, commutandi et per aliam chartam easdem res alienandi reservet potestatem; sed absolute faciat unusquisque de rebus suis, quod velit, et noscat sibi ex nostra auctoritate penitus interdictum esse, duas de eadem re facere traditiones. Sed postquam unam de rebus suis traditionem fecerit, aliam de ipsis rebus faciendi nullam habeat potestatem. Ita tamen si usumfructum voluerit habere, per precariam res traditas usque in tempus definitum possidendi sit concessa facultas.

45) eod. 79. Quicunque res suas pro anima sua ad casam dei aut ad parentes suos sive ad liberos homines tradiderit, et in servitium dei iturus fuerit, aut ad mortem traditus, si in ipso itinere aut de ipsa infirmitate mortuus fuerit, habeat ipsas res, cui traditae sunt. Et si mortuus non fuerit in ipso itinere aut de ipsa infirmitate, recipiat res suas, quas tradiderit, si voluerit, et habeat in suo jure, sicut antea habuit.

gekannt zu haben, indem er die strengeren Bestimmungen des fränkischen Rechts, nach welchem nur Immobilien durch die Auflassung von Todes wegen übertragen werden konnten, auch auf die Seelgiften anwandte, ohne die entgegenstehenden Bestimmungen aufzuheben. Jedenfalls war sein Verbot dem Zug der Rechtsentwicklung in dieser Lehre entgegen, und wurde auch bald wieder aufgehoben [46]).

Es würde zu weit führen, wenn hier im Einzelnen nachgewiesen werden sollte, wie nach und nach die durch die Auflassung beschafften Vergabungen sich bei den Longobarden in einseitige Willensordnungen umgewandelt haben; eine allgemeinere Untersuchung, welche später (§. 14.) folgen soll, wird diese Geschäfte, soweit es für die vorliegende Schrift erforderlich ist, in das gehörige Licht stellen. Es sollen hier nur aus dem großen Vorrath von Urkunden zwei heraus genommen werden, um beispielsweise zu zeigen, auf welche Art die weltlichen und geistlichen Vergabungen in den letztwilligen Dispositionen der Laien vermischt wurden, und wie man die Voluntas ambulatoria des römischen Rechts durch den, schon erwähnten Vorbehalt (s. Note 44. und 46.) zu ersetzen strebte [47]).

---

46) eod. Lotharii I. 17. Volumus ut rerum, quae a liberis personis *locis deo dedicatis* conferuntur, liceat eis sibi usumfructum et ordinationem rerum earundem, si aliter sibi placuerit, reservare. Si aliter eas non ordinaverint, ita maneant, sicut prius datae fuerint.

47) Eine Urkunde bei Lupi, cod. dipl. I. p. 527. sqq. vom Jahre 774. enthält die letztwillige Verfügung eines königlichen Dienstmanns (Tuidonis gasindii regis), welche pagina ordinationis et dispositionis genannt, und von sieben Zeugen unterschrieben ist. Sie kündigt sich im Eingang als eine reine Seelgift an: Ob hac per presente paginam ordinationis mee previdi distribuere rebus meis

Schließlich ist noch eine Bestimmung Karl's des Großen für das longobardische Recht zu erwähnen, welche aber nicht in die Sammlung desselben aufgenommen ist; sie steht bei Baluz (Capitt. I. p. 245.) als Anhang zu Capit. III. ai. 789., und lautet so:

Item de rebus ecclesiarum. I. Volumus ut qui aliqui per testes exinde qualecunque rem tollere voluerit, per quinque vel septem testimonia dicant suum testimonium, et sic tollantur qualecunque rem. quia te-

---

per loca sanctorum et venerabilia seo et sacerdotibus atque Christi pauperibus quatinus terrena bene distribuens ut leticiam semper mansura consequi valeam. — Dennoch ist der Frau des Disponenten der Nießbrauch an denjenigen Gütern, welche nicht sogleich nach seinem Tode an bestimmte Kirchen fallen, zugewandt mit dem Recht, Seelgiften davon zu machen; und auch sein Bruder ist mit einem Grundstück bedacht worden. Für sich aber hat er bestimmt: Que denique omnia et in omnibus in integrum universa mea substantia mea reservo potestati ego qui supra Tuido dum advixero *usufructuario nomine* vendendi donandi commutandi ordinandi et judicandi quia aut qualiter voluero aut mihi mens mea suggesserit. — Eine ähnliche Urkunde findet sich bei Fumagalli, cod. dipl. No. 66. (a. 850.) Hier wendet jemand seiner Schwester sogleich, und nach deren Tode ihren Kindern sein Vermögen zu; wenn diese fehlen sollten, einem Kloster. — — volo adque instituo et per presente cartula hordinationis meae confirmo, ut a presenti diae etc. — Suprascriptis rebus ut dixi statuo presenti diae deveniat in potestatem ipsius germana mea diebus vite suae abendum et usumfructuandum. Post vero ipsina germana mea dicessum statim deveniat in potestatem de filiis ipsius germana mea si obuerit postea proprietaria faciendum quod voluerit. Nam quod non credo, si ipsa germana sine filiis aut filia ejus intra etatem aut intestati mortui fuerint, tunc postea si hoc pervenerit, rebus ipsis omnibus deveniant in jura et potestatem monasterii — pro remedium anime meae —. Außerdem sind noch einige Seelgiften und Freilassungen angeordnet. — Vgl. Ed. Gans, das Erbrecht des MA's S. 195 — 200. 208 — 210.

stamento quod Romani faciunt firmum non posset nisi per quinque aut per septem confirmatur.

v. Savigny [48]) hat dieses Capitulare so erklärt, daß die allgemeine Gültigkeit der Testamente für die Longobarden in demselben vorausgesetzt, und nur daran erinnert sey, daß nach römischem Rechte fünf oder sieben Zeugen dabei zugezogen werden mußten. Dieser Erklärung, deren Resultat auch nach ihrem Urheber im Widerspruch mit anderen Gesetzen steht, kann ich nicht beistimmen. Wenn man auch annehmen wollte, daß in der Stelle etwas über die Testamente angeordnet sey, so ließe es sich nach der Ueberschrift (Item de rebus ecclesiarum) doch füglich auf die Seelgiften beziehen, welche der bedachten Kirche mit fünf oder sieben Zeugen gesichert werden sollten. Indessen ist diese Aushülfe bedenklich, weil solche Ueberschriften oft verdächtig sind; sie ist aber auch, wie mir scheint, nicht nöthig. Ich möchte das Gesetz vielmehr so auslegen: wer den Anspruch auf eine Sache durch Zeugen geltend machen will, muß deren fünf oder sieben für sich haben. — Daß es sich hier nicht von der Vollziehung eines Testaments handelt, geht daraus hervor, daß die Zeugen ihre Aussagen deponiren sollen, und nicht als Sollemnitätszeugen vorkommen. Die vorgeschriebene Anzahl derselben wird dadurch motivirt, daß sie bei dem römischen Testament die gesetzliche war; dieß läßt sich auf folgende Weise erklären. Schon früh zeigt sich das Bestreben, die eigenthümlichen Beweismittel des altgermanischen Rechtes: Gottesurtheil und Eideshelfer, durch eine andere, angemessenere Form zu ersetzen; dazu dienten zwei Institute, die Urkunden (chartae) und Zeugen. Auf die letzteren,

48) a. a. O. II. §. 78. S. 222.

welche auch durch die Schrift nicht entbehrlich gemacht wurden, wies namentlich das römische Recht hin, woran sich die Geistlichen, von denen dieses Streben hauptsächlich ausging, gerne anschlossen. Aber es mußte bedenklich erscheinen, die meistens zahlreichen Eideshelfer durch zwei Zeugen zu ersetzen, welche nach dem römischen Rechte regelmäßig zum Beweise genügten; und man kam daher auf den Ausweg, auch für die Gültigkeit des neuen Beweismittels eine größere Anzahl Zeugen anzuordnen. Für das Maaß derselben fand sich ein doppelter Haltpunkt: entweder man behielt dieselbe Zahl bei, welche für die Eideshelfer die gesetzliche war [49]; oder man suchte eine Norm im römischen Rechte, und hielt sich an die bei dem Testament vorgeschriebene Zahl, ohne den Unterschied, welcher zwischen Sollemnitäts- und Beweiszeugen besteht, in dieser Beziehung zu beachten. Der letzte Weg ist, so wie in vielen andern Stellen [50], auch in dem hier erklärten Capitulare eingeschlagen worden.

---

49) S. L. Ripuar. tit. 59, 1. 60, 1. — Sächs. Weichbild, Art. 104. 109.

50) S. Decretio Childeberti regis c. 7. (c. a. 595.) bei Baluz. I. p. 18. — L. Burgund. tit. 88, 2. eod. addit. I. tit. 12, 2. — Schwäb. Landr. Art. 388, §. 13. — Vgl. Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen §. 42, besonders S. 234.

§. 9.

Von der Vergabung einzelner Grundstücke.

Daß auch bei den Vergabungen von Todeswegen zur Uebertragung von Immobilien die feierliche Auflassung nöthig war, braucht für das ältere Recht nicht mehr besonders nachgewiesen zu werden: es sind schon vielfache Belege dafür vorgekommen, und die Uebereinstimmung der Quellen macht weitläuftigere Citate entbehrlich. Schwieriger ist es, genau zu bestimmen, wie das sächsische und schwäbische Landrecht mit den verwandten Statuten diese Geschäfte aufgefaßt haben; hier ist eine specielle Untersuchung nothwendig.

Sächs. Landr. II. 30. [1]). Sve so ime erve to seget nicht von sibbe halven, denne von gelovedes halven, dat hebbe man vor unrecht; man ne moge getůgen, dat dat gelovede vor gerichte gestedeget si.

Die Erklärung dieser Stelle ist schon im wesentlichen von Albrecht [2]) so gegeben, wie ich sie für richtig halte. — Ob „erve" hier den Nachlaß eines Verstorbenen bedeutet, oder nur ein einzelnes Grundstück [3]), läßt sich aus den

1) Die quedlinb. Handschrift liest: Sve so sech ein erbe anspricht, — was denselben Sinn giebt; die lateinische Version lautet: Haereditatem seu successionem qui sibi non jure cognationis sed promissionis seu donationis deberi dicit etc.; aber diese Erklärungen sind, wie die ganze Uebersetzung ohne irgend eine Auctorität. S. Eichhorn St. und RG. II. §. 279. Note g. — Die Glossen über diesen Artikel handeln von adoptio, hereditas vendita, pacta successoria u. s. w.

2) Gewere §. 19. zu Anfang.

3) Das sächs. Landr. kennt beide Bedeutungen; s. oben §. 3. Nr. I.

Worten des Sachsenspiegels nicht bestimmen; die Entscheidung hängt wohl davon ab, ob demselben eine Vergabung von Todes wegen, welche auf das ganze Vermögen ging, bekannt seyn konnte oder nicht, — eine Frage, die nach der im folgenden Paragraphen versuchten Erörterung beantwortet werden muß. Auf jeden Fall war die Form dieselbe. — Der Artikel handelt nun von dem Fall, wo jemand einen Anspruch auf Güter erhebt, nicht als Erbe, sondern weil sie ihm ausgelobt sind. Dieser Gegensatz schließt die allgemeine Bedeutung des Gelübdes (Gedinges) hier aus, und berechtigt, es auf eine Zuwendung von Todes wegen zu beziehen. Dasselbe soll aber nur dann rechtliche Wirkung haben, den Anspruch begründen, wenn es vor Gericht gestätigt ist; daß mit diesem Ausdruck die gerichtliche Auflassung bezeichnet sey, scheint mir unzweifelhaft. Das sächsische Landrecht gebraucht ihn an einer andern Stelle in demselben Sinne[4]); dieß ist auch der Fall in gleichzeitigen Urkunden [5]), und noch in einer viel späteren Zeit war für die Vergabung von Todes wegen, mochte sie auf einzelne Grundstücke oder ein ganzes Vermögen gehen, die gerichtliche Auflassung nothwendig [6]). —

---

4) Sächs. Landr. I. 9. §. 1. Sve aver dem andern lovet en egen to gevene vor gerichte, unde jene sin silver oder ander sin gut dar up gift; stirft jene danne, er ime de gave gestedeget werde, man salt sime erven lesten — —.

5) Guden. I. p. 162. (a. 1144.). eod. p. 558. (a. 1239.) — Gercken. cod. dipl. brand. II. No. 215. (a. 1231.)

6) S. Albrecht a. a. O. Note 475. — Schöffenurth. hinter Zobel's sächs. Weichb. Bl. 126. 1. — — Fürder wo sichs also hielte, das in der ehestifftung zwischen B. und seinem weibe mit verwilligung derselbigen mutter abgeredt und beteidigt were, das B. alle ihre güter — —, wo er ihren tod erleben würde, folgen solten one menniglichs einrede, — — und darnach B's weib über die ehe-

In dieser Stelle ist das Gelübde als die causa praecedens scharf hervorgehoben; man sieht, daß es nur, insofern es die Auflassung vorbereitete, rechtliche Wirkung hatte. Dasselbe Verhältniß fand im älteren Rechte statt; doch war daselbst die vorhergehende Vereinbarung, ohne welche die Auflassung, namentlich in ihrer besonderen Bedeutung für das hier behandelte Geschäft nicht wohl möglich war, noch mehr durch die überwiegende Wichtigkeit der letzteren zurückgedrängt. Dieß ergiebt sich unter andern aus Folgendem. Traditio bedeutete ursprünglich allein die Auflassung, (s. oben S. 22. 24.); an vielen Stellen nun findet sie sich mit Rechtsgeschäften zusammen gestellt, welche, wenn sie sich auf Immobilien bezogen, einen solchen Act zur Folge haben mußten; aber diese Zusammenstellung ist nicht geschehen, um jenes Verhältniß zu bezeichnen, sondern um einen Gegensatz auszudrücken [7].

---

beredunge noch eins für gericht und gehegter dingbanck alle ihre güter — durch einen vormunden ihrem manne B. aufgelassen, geeignet und gegeben u. s. w. — Die Zeit dieser Schöffenurtheile, und der Stuhl, von dem sie ausgingen, wird durch Bl. 135. 2. angedeutet. Hier findet sich nämlich wegen einer abweichenden Ansicht des Schöffenstuhls zu Leipzig und des obern Hofgerichts ein Rescript Herzog Georg's von Sachsen an die Schöffen eines andern Gerichts, welche auch ihre von der der Leipziger abweichende Ansicht aussprechen. Jenes leipziger Urtheil ist aber eben das vorher gehende Stück der Sammlung, und deswegen dürfte man diese vielleicht ganz den Leipzigern beilegen. — Herzog Georg der Bärtige regierte von 1500 — 1539, und auf diese Zeit passen jene Urtheile ihrer Form und ihrem Inhalte nach. —

7) L. Ripuar. tit. 67, 1. — testamenta venditionis seu traditionis —. eod. tit. 74. Ut nullus cum servo traditionem vel commutationem faciat. — L. Saxon. tit. 15. Omnes traditiones et venditiones —. Capit. Caroli M. ai. 794. c. 11. — res — adquisitae aut per comparationes aut per traditiones —. Capit. III.

Diese Geschäfte nun, welche zugleich mit der Traditio aufgeführt werden, sind ohne Ausnahme onerose; die gesetzlichen Vorschriften, um derentwillen jene Aufzählung geschieht, passen aber auch auf Freigebigkeiten: man muß daher annehmen, daß eben diese mit Traditio bezeichnet werden sollen; wofür auch noch der Umstand spricht, daß statt tradere in derselben Verbindung donare und dare gebraucht wird [8]). Demnach konnte die Traditio eine doppelte Bedeutung haben, die der Auflassung als Folge gewisser Geschäfte, und außerdem eine solche, worin Beides, das Geschäft und die Folge desselben enthalten ist. Die letzte Bedeutung ging allgemein auf die Vergabungen, weil diese, sie mochten von Todes wegen geschehen seyn oder — nicht, stets auf demselben Princip beruhten, — nämlich auf der Auflassung, welche so sehr das ganze Rechtsverhältniß beherrschte, daß sie die vorbereitende Vereinbarung selbst in ihren Namen mit aufnahm. Nach diesem erklärt es sich, warum in den alten Quellen, wenn sie von den Vergabungen von Todes wegen sprechen, nur die Auflassung als der bestimmende Punkt hervorgehoben wird, und die Vereinbarung darüber nie als selbstständiger Theil des Geschäftes erscheint, wie es z. B. bei dem Verkauf von Immobilien der Fall ist. Der Vertrag, wenn

---

Caroli M. ai. 805. c. 18. — coacti res vendant aut tradant —. Capit. I. Caroli M. ai. 806. c. 11. — traditionem seu venditionem rerum immobilium —.

8) Capit. Caroli M. ai. 793. c. 11. — res suas vendere — et donare. — Capit. Caroli Calvi tit. 45. c. 8. — de rebus venditis vel datis —. Leges Henrici I. tit. 88. §. 14. (s. die Gesetze der Angelsachsen — von R. Schmidt S. 268.) — nulli liceat forismittere haereditatem suam de parentela sua datione vel venditione —.

man davon hier sprechen darf, ging nicht direct auf die Zuwendung, sondern nur auf die Vornahme der Auflassung, und hatte, — so scheint sich die Sache gestellt zu haben, — nicht den Zweck, den Empfänger durch die Verpflichtung des Promittenten zu sichern, sondern nur, jenen feierlichen Act, wobei die beiden Parteien gegenwärtig seyn mußten, überhaupt möglich zu machen: bis dieser vorgenommen war, blieb die Freigebigkeit wohl regelmäßig dem freien Willen ihres Urhebers anheim gestellt. — Daß übrigens auch in diesem Fall ein klagbarer Vertrag über die zu beschaffende Auflassung habe geschlossen werden können, halte ich nicht für unmöglich, obgleich mir kein Beispiel davon vorgekommen ist. Es war wohl nicht Sitte, sich so zu verpflichten; wenn es aber geschehen ist, so glaube ich, daß auch hier die Worte des sächsischen Landrechts (I. 7.) die bestimmende Regel angeben:

Sve icht borget oder lovet, die salt gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden.

Der oben abgedruckte Artikel (II. 30.) handelt offenbar nicht von dem Fall, wo zwischen den ursprünglichen Contrahenten Streit entstanden ist; sondern man muß des schon erwähnten Gegensatzes wegen annehmen, daß der durch die Vergabung Bedachte sie nach dem Tode des Freigebigen in Anspruch nimmt: nur wenn ihm durch die Auflassung Eigenthumsrechte eingeräumt waren, erhielt er die Güter heraus; der bloß persönliche Anspruch auf die Vollziehung der Auflassung ging nicht gegen die Erben, was auch an einer andern Stelle allgemeiner bestimmt ist [9]. —

---

9) Sächs. Landr. I. 9. §. 6. Stirft aver jene det laten solde, sin sone nis nicht plichtich to latene, he ne hebbet selve gelovet oder bürgen vor gesat.

Diese beschränkte Wirkung des Gelübdes bei Vergabungen von Todes wegen ergiebt sich auch aus zwei interessanten Urkunden des zwölften Jahrhunderts. Nach der einen [10]) schenkt eine Frau auf die Bitte ihres verstorbenen Ehemanns von ihm versprochene, aber nicht tradirte Hufen; und nach der andern [11]) hat eine Frau den Hof, welchen ihr Mann nur gelobt hatte, auf inständiges Bitten der Bedachten feierlich aufgelassen: eine Verpflichtung dazu lag also in beiden Fällen nicht vor.

Es folgt jetzt die Stelle des schwäbischen Landrechts, welche ausführlich von den Vergabungen von Todes wegen handelt.

Schwäb. Landr. Art. 311. Der freunden gutes schaffet merck also. §. 1. Ist aber das ein man einem freunde gutt schaffen wil nach seinem tode. wil er im das sicher machen, er sol im geschrifft darüber geben ein handtfeste, und daran ein insigel eines bischoffs oder eines leienfürsten oder eines klosters oder einer statt oder der stette herren einsigeln oder des landtrichters, oder er sol für seinen richter oder für seinen herren faren, unnd sol die gezeugen mit im bringen (cod. Jung. unde soll den zu gezuge ziehen) unnd ander die do bei seind. §. 2. Wil aber er im es stät machen, so secz

10) Schannat. vind. litt. I. p. 60. (a. 1100.). — Ego J. rogatu mariti mei decumbentis *a se quidem promissos* sed mortis praeventu *non traditos* IV. mansos — condonavi.

11) Guden. I. p. 76. (a. 1128.) — — curiam in B., que fuit comitis V. — et uxoris sue M. — et quam ipsemet prius *voto tradidit* —; ipsa autem post mortem ejusdem mariti sui sicut uxor fidelissima et devotissima, quod ipse minus fecit, nostro rogatu et persuasu, coram multis astantibus et idoneis testibus sollemniter adimplevit.

im einen zinss darauf. damit hat er die gewer daran, und mag das gut mit recht nit verlieren. §. 3. Hat er aber erben, die versprechent es ob si wöllen, (cod. Hortled. ee es im also gemacht wird. tunt sie des nicht, so mügen sie sich versaumen) oder si mügen sich versaumen. §. 4. Und ist dass den mann eehaft not angeet der dise gabe hat gethan, der sol sein gut angreiffen, und sol sein eehaft not damit büssen. §. 5. Und wil im jener das weren, so sol er faren für seinen herren oder für den richter, und sol bereden sein eehaft not, das ist hunger und frost und gefangknuss on sein schulde. und wann er das thut, so sol der richter jenen bietten, daß er in daran nicht irre. so wirdt er sein gut mit recht wol an und wer es gewinnet, der hat es mit recht, und hat recht darczu. §. 6. Hatt aber er im das gutte mit disen wortten gegeben, das er spricht also: Ich gib dir das gut nimmer wider zu vordern, unnd gib dir nucz und gewere daran; der mag es nimmer wider vordern, wie nott im wirdt. §. 7. Es mag der mann dem die gab gegeben ist die gabe auch verwürcken wider dem, der si im gab, das si im schlechtz ledig würd als das buch hiervon sagt, wie ein sun sein erbe verwürcket, also verwürcket jener sein gabe. §. 8. Die gabe heisset stät, die vor dem richter geschicht oder mit geschrifft. die ist allerstättest, die mit gewer geschicht.
Diese Stelle ist sehr verschieden verstanden worden, und bietet auch in der That mancherlei Schwierigkeiten dar. Man könnte geneigt seyn, wegen der in §. 1. genannten Formen eine Einwirkung der römischen Testamentslehre anzunehmen [12]. Dafür würde der Ausdruck „schaffen,"

---

12) Vgl. Hasse im rhein. Museum II. 2. S. 189.

(Geschäft) sprechen, welcher vorzugsweise von einseitigen, dem römischen Recht nachgebildeten Zuwendungen auf den Todesfall gebraucht wird [13]); auch hat das kleine Kaiserrecht den Gegenstand offenbar so aufgefaßt. Nachdem daselbst (P. II. c. 36.) der deutschrechtliche Grundsatz aufrecht erhalten ist, daß eine Zuwendung der Fahrniß nur durch die sofortige Tradition rechtsbeständig werde; so wird im folgenden Kapitel [14]) von der Vergabung der Immobilien gehandelt. Sie kann auf eine doppelte Weise geschehen: durch Auflassung oder durch eine bloße Willenserklärung (mit Worten); jene giebt die Gewere, für diese aber gelten die Grundsätze des römischen Rechts über die voluntas ambulatoria bei letztwilligen Verfügungen. — Aber nach dem schwäbischen Landrecht (im angef. Art. §. 4.

---

13) S. Haltaus s. v. Geschäfft. — Schwäb. Landr. Art. 257. 258. 283. 288.

14) Kl. Kaiserr. P. II. c. 37. Daz man eime gud gibet, do he mede feste sicze noch dem tode. Wer sin gud imande gebin wel noch sime tode, daz he feste sicze dem he ez gibet, so sal he ez eme gebin med dez keisers hant, daz ist solliche festenunge di nicht gewandelt mag werdin. Wan wi hers eme anders gebit, so ist he ungewert. Wanne hers eime manne sicherl.. gebin wel med wortin noch sime tode, daz he sicher si, unn behelbet ez doch in siner hant, wel he ez wandeln, so thu he ez med dez keisers hant. daz sint solliche festenunge, di vor dem keiser mogen beczugen. wanne weme he daz gud hob gegebin also noch sinem tode, dem hob he ez gelobet. Unn gibet her ez noch der gift eime andern noch der hantfesten, der hob ez med rechte. Blibet ez aber unvorwandelt unn an den worten stede, di der frunt dem frunde had gethon, ez nemet der frunt met rechte noch dez frundez tode, der ez in sines frundes hant (al. em vrunde) hat gegebin. Sint in dez riches rechte stet geschrebin: Unstede ist ein iclich ding daz me wandelen mag. — Der Satz: „dem hob he ez gelobet," soll wohl nur heißen, daß die Zuwendung nicht sicherer sey, als ein bloßes Gelübde ohne Auflassung.

und 6.) wird auch durch die Handfeste die Vergabung stät, und kann nur im Fall der echten Noth widerrufen werden. — Eine andere Erklärung könnte sich daran halten, daß allgemein von Gut gesprochen werde, und die Handfeste sich etwa nur auf die fahrende Habe bezöge. Aber dagegen spricht der ganze Zusammenhang des Artikels und namentlich die Art, wie in §. 2. die Bestellung eines Zinses electiv gestattet ist. — Weil diese Erklärungen nicht auszureichen scheinen, haben auch wohl Eichhorn [15]) und Albrecht [16]) angenommen, daß hier abweichend von den sonst geltenden Grundsätzen des deutschen Rechts bestimmt sey, auch ohne Auflassung könne durch eine bloße Handfeste, wie Eichhorn meint, oder durch einen unter publica fides abgeschlossenen Vertrag, wie Albrecht die Stelle auslegt, ein Grundstück von Todes wegen übertragen werden. Aber auch gegen diese Ansicht giebt es gewichtige Gründe. Gleich der folgende Artikel [17]) scheint damit in Widerspruch zu stehen, indem er auf die Auflassung als nothwendiges Erforderniß jeder Uebertragung von Grundstücken hinweist, jedenfalls aber die Hinzuziehung des Gerichtes verlangt, welche nach §. 1. des vorhergehenden Artikels nicht nothwendig ist, sondern durch die Handfeste ersetzt wird. Auch sehe ich keine genügende Veranlassung, warum eine für jene Zeit so singulaire Ausnahme von den Grundsätzen des deutschen Rechts über die Uebertragung von Immobilien hätte gemacht seyn sollen. Denn

15) St. und RG. II. §. 374. Note c. Einleitung §. 342. Note c.

16) Gewere S. 198. ff.

17) Schwäb. Landr. Art. 312. §. 1. On des vogts ding mag nieman sein eigen hingeben, das es krafft mög haben.

die Stelle aus dem sächsischen Rechte, welche Albrecht zur Unterstützung seiner Erklärung anführt, hat wohl nicht den Sinn, welchen er ihr unterlegt, (s. unten Note 25.) und von einem Vertrage ist im Art. 311. eigentlich gar nicht die Rede; der Grund aber, den Eichhorn (Einleitung §. 342.) angiebt, der häufigere Gebrauch dieser Geschäfte (der Zuwendungen durch Auflassung) zu dem Zwecke, einem andern das ganze Vermögen „zu verschaffen," habe allmälich dazu geführt, sich mit einer Handfeste zu begnügen, die wohl ursprünglich immer eine gerichtliche gewesen, — scheint mir nicht treffend zu seyn. Denn theils spricht das schwäbische Landrecht nicht, wenigstens nicht ausschließlich von der Zuwendung des ganzen Vermögens; theils konnte so wenig bei diesem Geschäfte, als bei andern, welche eine Uebertragung dinglicher Rechte zum Gegenstande hatten, die Auflassung entbehrlich erscheinen; und endlich möchte die Annahme kaum begründet seyn, daß die Abfassung einer rechtsgültigen Urkunde mit den damals nöthigen Formalitäten bequemer gewesen sey, als die Vornahme der Auflassung. Hierauf beruht aber offenbar Eichhorn's Argument. — Man könnte daher geneigt werden, auch für die in §. 1. genannten Fälle die Auflassung als nothwendig gelten zu lassen, indem man annähme, daß die Urkunde eben über deren Vollziehung ausgestellt, und der Herr und Richter nur als die Personen genannt wären, vor denen sie geschehen mußte. Für diese Bedeutung der Schrift ließe sich anführen, daß sie sonst im schwäbischen Landrecht nur als Beweismittel vorkommt [18]), und daß in der Handschrift der kaiserlichen

18) S. Schwäb. Landr. Art. 62. 388. — Vgl. Bairisch. Landr. in Heumann. opuscul. p. 101. 102. 112.

Bibliothek [19]) im ersten Paragraphen des hier erklärten Artikels zu den Worten: „er sol im schrift darüber geben," sich der Zusatz findet; „als er nach von leip gedinge geschriben stet." Dort aber [20]) hat die Urkunde nur die erwähnte Bestimmung. Aber auch diese Erklärung halte ich nicht für statthaft. Es ist (namentlich in §. 8.) der Fall, wo die Gewere übertragen wird, den andern, wo diese Wirkung, welche doch stets der Auflassung folgte, nicht eintritt, zu entschieden entgegengestellt, so daß beide Arten als selbstständige Formen der Vergabungen erscheinen. — Alles wohl erwogen, so glaube ich auf die zuerst angeführte Erklärung zurück kommen zu müssen. Unter dem Namen „Gut schaffen" sind hier sowohl die Vergabungen des deutschen, als des römischen Rechts abgehandelt; letztere, die überhaupt im Landrecht nicht weiter berührt zu werden pflegten, sind nur im ersten Paragraphen erwähnt; die folgenden beziehen sich bloß auf die deutsche Form, welche auf der Auflassung beruhte, und erst im letzten werden beide Arten sich wieder gegenüber gestellt. Von den vier genannten Geschäften fallen zwei dem deutschen Recht anheim: die Uebertragung mit der Hand des Herrn [21]) und die Constituirung eines Zinses; zwei dem

---

19) cap. 22. — Sie ist abgedruckt in dem von Königsthal herausgegebenen senckenbergschen corp. j. g. tom. II. am Ende.

20) cap. 24.; in dem regelmäßig in dieser Schrift citirten Abdrucke Art. 305.

21) Vgl. Bair. Landr. a. a. O. p. 84. Umb ein guet machen einem pei lebentigen leib. Wer einem ein guet machen wil, der sol den in nutz und in gewer setzen pei seinem lebentigen leib, und sol er ettlich gult järlichen einnemen, dieweil der lebt, der im das gut gemacht hat, oder er sol im brief darumb gebn. Ist es lehn, so sol er ims mit des herren hant vertign — —.

römischen Rechte: die Ausfertigung einer Urkunde (schriftliches Testament) und die Herbeiziehung des Gerichts (gerichtliches Testament) [22]. Auf diese Weise läßt sich allein der §. 3. erklären: denn es ist nicht einzusehen, wie ohne die Auflassung den Erben die Gelegenheit gegeben wäre, ihr Anrecht am Grundbesitz geltend zu machen, welches sie doch verlieren sollten, wenn sie sich verschwiegen; die Zuwendungen des römischen Rechts aber, die überhaupt diesem Princip widerstrebten, konnten hier ganz übergangen werden: es mochte hinreichend erscheinen, nur ihren Gebrauch, welcher nicht geleugnet werden konnte, anerkannt zu haben. Daß der Verfasser des Rechtsbuchs überhaupt bei diesem Artikel auch auf das römische Recht Rücksicht genommen habe, zeigt der §. 7.; er bezieht sich auf Art. 257., worin die Enterbungsgründe der nov. 115. c. 3. als die Ursachen aufgeführt werden, weswegen Kinder die Erbschaft ihrer Eltern verwirken [23]. — Nach Allem wird es nicht unangemessen erscheinen, die größere Stätigkeit, welche im letzten Paragraphen den deutschrechtlichen Vergabungen zugesprochen ist, vornämlich auf ihre Unwiderruflichkeit zu beziehen. Die ganze Ausführung wird aber durch das, was unten (§. 14.) vorgebracht werden soll, an Haltung gewinnen: es wird sich zeigen las-

22) Ueber das gerichtliche Testament vgl. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen PR's §. 409. — Als Beispiel eines durch das Siegel einer Corporation befestigten Testaments führe ich eine Urkunde aus Guden's Sammlung (I. p. 769.) vom Jahre 1278. an; es rührt von einem Geistlichen her, und ist von vielen Zeugen unterschrieben. — In cujus testamenti perpetuacionem et ordinacionis firmitatem presentem litteram sigillis capituli, universitatis et plebani wetflariensis porrigo roboratam.

23) Ueber eine ähnliche Bestimmung des longobardischen Rechts (L. Long. Rotharis. 174.) s. oben §. 8. S. 116.

sen, daß die Zuwendungen des deutschen und des römischen Rechts fast während des ganzen Mittelalters selbstständig und abgeschlossen neben einander herliefen, indem ihre verschiedene Grundlage nur selten eine Vermischung gestattete.

Im deutschen Rechte ist demnach der Grundsatz, daß Immobilien nur durch die Auflassung auf einen andern übertragen werden konnten, auch in Betreff der Vergabungen von Todes wegen consequent durchgeführt. Zwar hat Albrecht[24]) in einem sächsischen Schöffenurtheil[25]) die Abweichung zu finden geglaubt, daß diese Form später nur für die Erbgüter nothwendig gewesen sey, und nicht für wohlgewonnenes Gut; aber die Stelle, vollständig gelesen, wie sie in der Note abgedruckt ist, handelt offenbar nicht von der Form der Vergabung, sondern von dem Beispruchrecht der Erben.

Die Wirkungen dieser Geschäfte sind schon früher (§. 6.) im allgemeinen charakterisirt worden: der Empfänger be=

---

24) Gewere S. 207. Note 535.

25) Schöffenurth. hinter Zobel's Sachssp. I. 12, 3. Ob ein man keme in gehegt ding mit seinem weib, und gebe da derselben sein stehend erbe oder ander sein gut oder farende hab oder einem andern frembden oder freunden wem er es gahe, nach seinem tod erblich zu thun und zu lassen, und doch der gabe ein herr wolt sein dieweil er lebte, also unschedlich derselben gabe. ob nun dieselben leut die gabe behalten möchten nach seinem todt mit mehrem recht, denn seine rechte erben in keinerlei weise die gabe verschweigen mögen, oder wie sie die verschweigen mögen vor seinem todt oder darnach. Hierauff sprechen wir für recht: Stehende erb das einem man vor gericht gegeben ist und dazu ander sein gut, das er selber gewonnen und ererbet (erarbeitet) hat und seine farende hab mag der man geben seinem weib, freund oder frembden, wie er wil ohn der erben anspruch. Vergeb aber ein man sein anerstorben stehende eigen, das möchten seine erben widersprechen binnen jar und tag.

kam das Eigenthum an den übertragenen Grundstücken, dessen temporäre Beschränkung von dem Umfang des Rechts abhing, welches bei dem Veräußerer blieb. Wenn dieser sich den Nießbrauch vorbehielt, oder, was dem Wesen nach dasselbe war, das Grundstück an ihn zu Leibzucht zurück ging; so stellte sich das Rechtsverhältniß unter die gewöhnlichen Grundsätze vom Leibgeding. Das Eigenthum ging auf den Erwerber über [26]), und dem Tradenten blieb die freie Benutzung desselben, aber ohne Dispositionsbefugnisse, und unter der Verpflichtung einer sorgfältigen Bewirthschaftung, so daß im Interesse des neuen Eigenthümers wo möglich Verbesserungen vorgenommen werden mußten [27]). — Auch für den Fall, wo durch die Auflassung ein Gesammteigenthum eintrat, blieb, wenn sie schlechthin auf den Tod gestellt war, die Nutzung bei

26) Schannat. trad. fuld. I. No. 662. (a. 1300.) — bona — in personis fratrum simpliciter resignavi, percipiendo ab ipsis libere et quiete usum eorundem bonorum —, proprietatem vero ipsis simpliciter resignando.

27) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 141. (c. a. 800.) — tradidi propriam adquisitionem meam ad basilicam S. M. — —. ea vero ratione hanc traditionem feci, ut mihi de his omnibus uti liceat ad meliorandum, non in alio loco tradendum, sed fruendum et augendum, sicut justum et rectum est res proprias dei electorum firmiter condonatas et traditas in illorum timore et amore caute custodire atque in omnibus fideliter conservare. — Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 43. (a. 801.) — — in ea vero ratione, ut dum diu advixero ipsas res per vestrum beneficium teneam — —. Tamen convenit nobis, ut ipsas res usitare et meliorare omni conamine contendam, usque dum diu advixero. et hoc perpendam, ut tam quod in manu mea est ipsa rem deteriorata non fiat. sed magis ac magis emelioratam faciam illam. — eod. p. 51.

dem Tradenten [28]; eine Verfügung über die Sache selbst konnte aber nur gemeinschaftlich geschehen [29], und ebenfalls die Vertretung gegen Dritte, wenn sie nicht einem der Berechtigten besonders übertragen war [30]. Häufig ist es jedoch nicht mit Gewißheit zu sagen, welches von den beiden Rechtsverhältnissen, ob ein Gesammteigenthum oder die zuerst genannte Scheidung in Eigenthum und Leibzucht, — im einzelnen Fall vorliegt. Ich bin indessen geneigt, im Zweifel mich für das Erste zu entscheiden, und es regelmäßig da anzunehmen, wo von einem „tradere post obitum", „geben und vorreichen nach dem Tode" die Rede ist; denn der letzte Zweck des Geschäftes wurde dadurch erreicht, ohne daß von einem besonderen Vorbehalt oder einer Rückauflassung die Rede zu seyn brauchte. Darum wird auch wohl das sächsische (II. 30.) und das schwäbische Landrecht (Art. 311.) nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen seyn. Denn die Bestellung eines Zinses, welcher nach dem zuletzt genannten Rechtsbuch dem Erwerber eingeräumt wurde, schließt nicht die Möglichkeit eines Gesammteigenthums aus [31]; derselbe kann eben als ein Zeichen dieses Rechtsverhältnisses angesehen werden, um an das vollgültige Recht des Empfängers zu erinnern, so daß sich die Lage der Betheiligten derjenigen näherte,

28) S. oben §. 6. Note 43. und 44. — Vgl. Muratori ant. ital. II. p. 247., und die Anmerkung des Herausgebers eod. p. 250.

29) S. oben §. 6. Note 42.

30) Meichelb. l. c. No. 76. (c. a. 775.) — rem propriam seu alodem nostram — in K. — post obitum tradimus —. Et quod injuste abstractum est propter desidiam et fragilitatem nostram, per vestram benivolentiam et sapientiam requiratur ad ipsum locum — —.

31) Vgl. Eichhorn, St. und RG. II. §. 274. Note c.

wo alle in gleichem Genuß waren. Das Gesagte ergiebt sich aus der Erbverbrüderung des wittelsbachischen Hauses [32]) vom Jahre 1334. und aus einer Urkunde bei Neugart [33]). Auch eine Stelle des von Mittermaier herausgegebenen landshuter Statuts [34]) von 1423. gehört hierher. — Indessen war nicht die gemeinschaftliche Verfügung, welche bei dem Gesammteigenthum nothwendig angenommen werden muß, sondern die Uebertragung der Güter auf den Empfänger das besondere Ziel der Vergabungen von Todes wegen; und deswegen wird sich das Verhältniß dabei in der Regel so gestaltet haben, daß eben die Beschränkung des Tradenten in seiner Dispositionsbefugniß von gleicher Wirkung war, mochte er nun nach Leibzuchtsrecht oder im Gesammteigenthum fortsitzen.

---

32) Gercken. cod. dipl. brand. I. No. 59. — — Auch setzen wir sie beiderseit bei lebintigin unsirn liebe in nutz gewalt und volle gewehr der lande und der gute. zu urchunde disser machunge und zu einir rechtin gewehr suln unsirs Suns des Margravin Amtlute und Pfleger zu einim rechtin Zinse und Dienste alle jar zwei hundert Marg Silbers gebin u. s. w. Vgl. eod. No. 60. — S. unten §. 13.

33) Neugart. II. No. 1052. (a. 1294.) Der Inhalt dieser Urkunde ist kurz, wie folgt: die Frau hat eingebracht für 50 Mark (fahrender Habe?); der Mann hat widerlegt für 50 Mark liegender Gründe; dieses Vermögen von 100 Mark hat er in Besitz und Verwaltung. Allein er setzt der Frau dafür, und zwar aus den Gütern seiner Widerlage, neun Mark Geltes (jährlicher Gefälle) aus, weswegen sie in die Güter gewert ist, welche der Längstlebende zu Eigenthum erhalten soll.

34) Zeitschr. für geschichtl. RW. II. 3. S. 322. Item ist auch zu merkhen, daß weder mann noch Frau noch Niemanth den Andern an dem Todt = Peth nicht enerben (erben) soll noch mag weder mit Geschäft noch mit khainen andern sachen, er hab ihn dann desselben guets vor mit gesundten leib in rechte Nuz und Gwer gesetzt, dann daß er dennoch sein Lebtag inne haben, nützen niessen mag — —.

Daher konnte das kulmer Recht, welchem wohl, wie dem sächsischen Landrecht, das letzte Rechtsverhältniß bei diesem Institut unterliegt, in jene Beschränkung die Hauptwirkung desselben setzen, indem es die gewöhnlichen Folgen der Auflassung voraussetzte.

Kulm. Recht, IV. 15. Gebit ein man und vorreicht in gehegetem dinge vor den Scheppen eime andirn manne ein erbe nach sime tode ane underscheit, also das her Im keine gewalt behelt an deme erbe tzu tune und tzu lassene, diwile her lebet. so mag her di gabe nicht gewandiln noch entvremden noch entfuren deme, dem her di gabe sundir undirscheit noch sime tode gegeben hat. V. R. W.

In dieser Stelle ist auf den Vorbehalt des Auftragenden Rücksicht genommen, wodurch er sich die freie Verfügung über das Gut während seines Lebens bewahrte, — ein Mittel, welches die ihrem Wesen nach unwandelbare Vergabung zu einer widerruflichen machen konnte [35]). Es ist dieß ein wichtiger Zug für die spätere Entwicklung des genannten Geschäftes, der aber passender unten (§. 11.) näher untersucht wird, weil er für die Zuwendung eines ganzen Vermögens von noch größerer Bedeutung war. — Auf eine ähnliche Weise konnte eine Vergabung durch den

35) Kulm. Recht, IV. 13. Gebit ein man in gehegetem dinge seiner Kindir ein, eime sinen Hof uf mit allem husrate adir andir Erbe das in der Stat gerichte gelegen ist, noch sime tode tzu tune und tzu lassene, diwile her abir lebet, das her domitte selbir wil tun und lassen. Stirbet abir der man, das her di Gift nicht vorwandilt hat, so ist das gut der Kindir, unnd di gift sal vorgang haben, und sulche gift hindirt das Kint nicht daran, is moge wol mit andirn sinen geswistreden tzu teile gan an des Vatir gute und erbe, das her in der Stat gerichte noch sime tode gelassen und unvorgeben hat.

vorbehaltenen Wiederkauf modificirt werden, wenn nämlich der festgesetzte Preis so geringfügig war, daß die ganze Bestimmung sich nur als eine Form darstellte, um den einseitigen Rücktritt des Tradenten möglich zu machen. Dieses Verhältniß ist namentlich in Alemannien sehr ausgebildet worden, indem der, welcher der Kirche ein Gut auftrug gegen einen Zins, sich häufig das Recht des Rückkaufes bedung [36]). Wie gebräuchlich dieser Vorbehalt war, ergiebt sich daraus, daß oft ausdrücklich angeführt wird, er sey nicht gemacht worden [37]), und der König unterschied einmal ausdrücklich zwischen solchen Zinspflichtigen, denen jenes Recht zustand, und denjenigen, welche es nicht hatten [38]). Doch ist zu beachten, daß die Geschäfte, bei welchen es vorkam, nicht nur den Zweck einer Zuwendung auf den Todesfall, sondern eben so oft den der

---

36) Neugart. I. No. 452. (a. 868.) — Ego L. — ad monasterium S. Galli — trado — hereditatem meam — pro anima mea —. ea ratione contradita esse volo, ut ego ipsas res habeam, annisque singulis unum ex eis denarium pro censu persolvam. — — Ego etiam et filius meus — si hanc traditionem redimere velimus, *cum uno solido redimamus*. Redemptione autem non peracta, si ego forte obiero et filium vel filios, qui hanc redemptionem perficiant, non relinquero, tunc frater meus B. vel ejus filius sive filii ex legitimo conjugio procreati *cum decem libris* infra quinque annos haec omnia redimant atque possideant. Si vero illum easdem res non redimere vel heredes masculos non habere contingeret, tunc demum filiabus meis concedatur, ut similiter, sicut ego vel filius meus, *cum uno solido* redimant. At si nec filias, quae haec redimant, heredes habuero, tunc consanguineus meus Th., si heredem masculum habuerit, cum ipsius manu vel ipse heres per se ipsum *cum XII. libris* redimant. Nos vero omnes si non peracta redemptione obisse contigerit, tunc omnia haec ad jus monasterii redeant in perpetuum possidenda.

37) eod. No. 616. (a. 896.) — No. 621.

38) eod. No. 673. (a. 915.)

Begründung einer Voigtei hatten: dann kam das Rückkaufsrecht auch den Erben, wenn auch um eine größere Summe, zu Gute, wie in dem vorher gewählten Beispiele. Man muß es daher häufig bloß als eine Garantie der Zinspflichtigen gegen ihren Voigt ansehen.

Das schwäbische Landrecht [39]) enthält die Bestimmung, daß derjenige, welcher die Gabe gethan, im Fall der echten Noth das Gut veräußern durfte, wenn er nicht ausdrücklich auf diese Befugniß verzichtet hatte. Wollte der Bedachte eine solche Veräußerung hindern, d. h. wohl, seine Einwilligung nicht geben; so konnte jener den Schutz des Richters anrufen, und, wenn er die Noth bewiesen hatte, war die Veräußerung gültig. Das longobardische Recht [40]) gestattete dieselbe nur, nachdem der Bedachte vorher vergeblich aufgefordert war, seinen Wohlthäter zu unterstützen; beide Bestimmungen beruhen auf demselben Princip: sie sind durch die Billigkeit hervorgerufen gegen das strenge Recht.

Weil die Vergabungen von Todes wegen, welche Grundstücke zum Gegenstand hatten, durchweg auf die Auflassung als das leitende Princip zurückgeführt werden konnten; so bezweifle ich auch nicht, daß das Recht des Bedachten, welcher vor dem Tradenten starb, auf seine (des Bedachten) Erben übergegangen ist [41]), wenn nicht eine gegenseitige Auflassung dem Längstlebenden die Güter zuwandte. — Die Schulden des alten Eigenthümers

---

39) Schwäb. Landr. Art. 311. §. 4 — 6. — Vgl. das landshuter Statut von 1423; s. oben Note 34., deren Fortsetzung so lautet: auch das verkhaufen und versetzen, ob ihn Noth anstieß.

40) L. Long. **Rotharis**. 173. S. oben §. 8. S. 119.

41) Vgl. **Albrecht**, Gewere §. 6.

hatte der Empfänger so wenig zu tragen, als jeder andere Singularsuccessor [42].

---

42) Schöffenweisth. in (Böhme's) diplomatischen Beiträgen VI. S. 106. 1. Gloubit ein man sinem wibe adir sinen kindern adir einen frunden adir fremden in gehegittim dinge vor gerichte und vor scheppin sines gutes vil adir wenig noch sime tode czu thun und czu lassen u. s. w. — Ist abir den vorgenanten benumet eigen gegebin czu thun und czu lassen noch des mannis tode, davon endurffen se nicht des mannis schulde geldin. — Vgl. Kulm. Recht, IV. 17. 23.

§. 10.

Von der Vergabung eines ganzen Vermögens.

A. Älteres Recht.

Um für die Untersuchung des vorliegenden Geschäftes einen festen Standpunkt zu gewinnen, von wo aus die richtige Beurtheilung desselben möglich wird, ist es nöthig, vorläufig die Frage zu beantworten, wie es sich im deutschen Rechte rücksichtlich der Vergabungen von Todes wegen mit der Fahrniß verhalten habe. Denn wenn sich auch ein ganzes Vermögen ohne sie denken läßt, so wird ein solcher Fall doch immer nur sehr selten vorgekommen seyn. — Für die Immobilien ist als das Mittel einer solchen Zuwendung die Auflassung erkannt worden; indem diese, um die beabsichtigte Wirkung hervorzubringen, keine Besitzübertragung erheischte, so wurden durch sie die Rechte an dem Grundstück, welches der Gegenstand der Uebertragung war, in der Art unter den Parteien vertheilt, daß man den Zweck des Geschäftes auf eine sehr natürliche und angemessene Weise erreichte. Ganz anders aber mußte sich die Sache bei der fahrenden Habe gestalten, für welche das deutsche Recht die Auflassung nicht kannte; die vielmehr nur durch Besitzübertragung (traditio im Sinne des römischen Rechts) in das Eigenthum eines andern übergehen konnte. Erwägt man dazu noch die besondere Stellung, welche das Eigenthum an den Mobilien nach deutschem Rechte in Folge des Grundsatzes einnahm, der in der Parömie: „Hand muß Hand wahren!" ausgesprochen ist [1]); so ergiebt es sich, daß für diese Sachen

1) Ich verweise auf die vortreffliche Ausführung, welche Albrecht (Gewere §. 10.) über die Bedeutung dieses Satzes geliefert hat.

eine solche Uebertragung von Todes wegen, wie sie bei den Grundstücken nachgewiesen ist, nicht vorkommen konnte, indem hier das Mittel fehlte, auf beiden Seiten, bei dem Tradenten und dem Empfänger, ein selbständiges (dingliches) Recht zu constituiren. Welche Wendung man auch dem Geschäfte geben wollte, immer wird man zu dem Resultate gelangen, daß entweder für den Empfänger oder den Tradenten ein bloß persönliches Recht bestand. Weder die eine noch die andere Form aber kannte das deutsche Recht, um das Ziel, welches in der Vergabung von Todes wegen lag, zu erreichen; es ist vielmehr an vielen Stellen der Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen, daß eine Zuwendung von Mobilien nur rechtliche Wirkung hatte, wenn zugleich der Besitz und die Benutzung auf den Empfänger übertragen wurde [2]). Wenn sich daher aus der ältern Zeit Urkunden finden, in welchen ein solches Geschäft auf den Todesfall gestellt ist, so kann man sicher annehmen, daß eine dem römischen Recht nachgebildete letztwillige Verfügung vorliegt. Beispiele hiervon sind selten; ich führe eins an, wo der Disponent ausdrücklich als Priester bezeichnet ist [3]).

---

2) Kl. Kaiserr. P. II. c. 36. Der eime sime frunde wel gebin sin farede gud, der mag ez wol thun met rechte, her sal ez ouch uß der hant gebin, wel her daz her veste sicze. behelbet he ez in siner hant unn siczet dinne, so enhat he ez nimande gegebin, wanne he hod eme eine irrunge gemacht unn ist sicherlich betrogen. Blibet ez deme he ez gegebin hat, so sal he ez eme gebin, daz he deme ers geid, med dem nemelichen gude moge thun unn lossin, ind sal ouch ime den nutz laissen von dem guede. Gebet he ez eme also, so hat hers eme feste gegebin unn wi hers ime anders gebet, so ist he betrogen an der gift. — — Vgl. die bei Albrecht a. a. O. S. 201. Note 511. abgedruckten Statute.

3) Schannat. trad. fuld. I. No. 191. (a. 804.) Ego in dei nomine Liobold dono atque trado ad S B. quicquid elaboravi

Durch diesen strengen Grundsatz des alten deutschen Rechts wird die Regel bestätigt, welche an die Spitze dieser Abhandlung gestellt ist: daß niemand in der Art eine Verfügung über sein Vermögen treffen konnte, daß die rechtliche Wirkung derselben über den Tod hinaus geschoben, erst mit diesem Momente eintreten sollte. Denn wenn dieses überhaupt möglich gewesen wäre, so würde man auch Mobilien zum Gegenstande einer solchen Verfügung haben machen können. — Bei dem vorher entwickelten Grundsatze blieb aber das deutsche Recht nicht stehen. Seit dem dreizehnten Jahrhunderte erweiterte sich besonders in den aufblühenden Städten der Verkehr auf eine außerordentliche Weise, und gab außer vielen andern wichtigen Einwirkungen auf die Rechtsbildung namentlich dem Sachenrecht dadurch eine sehr veränderte Gestalt, daß er die fahrende Habe, sonst von so untergeordneter Bedeutung, dem Grundbesitz an Wichtigkeit gleichstellte, ja diesen zum Theil unter ihre Herrschaft brachte. Daraus entstand ein natürliches Bedürfniß, Geschäfte, welche ursprünglich nur auf Immobilien angewandt werden konnten, auf Mobilien auszudehnen; was Wunder also, wenn man geneigt war, auch über diese eine Zuwendung von Todes wegen zu machen. Wie mancher, dem der Grundbesitz abging, mochte reich begütert den Freund bedenken wollen! und dazu kam die Bequemlichkeit, daß bei der

---

in isto fragili seculo, id est psalterium, lectionarium, evangelium, antiphonarium Gregorialis de plurimorum sanctorum dictis. calicem et patenam. de pecoribus caballas II. boves II. porcos XX. oves XX. ea scilicet ratione ut illa habeam ad vitam meam. post obitum vero meum vos — — in omnibus habeatis potestatem. † Liobolti presbiteri qui hanc traditionis Kartam fieri rogavit. — Außerdem haben noch 5 Zeugen unterschrieben.

fahrenden Habe die nöthige Einwilligung der Erben den Vorsatz nicht vereiteln konnte [4]).

Auch die fahrende Habe ist im späteren Recht zum Gegenstand der Vergabung von Todes wegen gemacht worden. Aber dieß geschah nicht allgemein im ganzen Reich, sondern nur an einigen Orten. Einmal bot das römische Testament eine Form, welche das erwähnte Bedürfniß befriedigte; wo sich dieses Institut so früh geltend machte, daß es die gefühlte Lücke noch nicht durch ein einheimisches ausgefüllt vorfand, da machte es eine Neuerung überflüssig. Daher ist z. B. im Stadtrecht von Goslar der Grundsatz des alten Rechts festgehalten [5]), und zugleich die beschränkte Gültigkeit des Testaments anerkannt [6]). Außerdem fand sich aber, wie schon erwähnt ist, das Bedürfniß hauptsächlich nur in den Städten: auf dem Lande blieben auch in dieser Beziehung die Verhältnisse in einer größeren Stabilität; und endlich gehörte zur Durchbildung eines neuen Instituts gegen einen althergebrachten Grundsatz an eine Sicherheit und Gewandtheit in der Handhabung juristischer Materien, die in späterer Zeit nicht häufig zu finden waren. Nur in der Sphäre des sächsischen Schöffenrechts läßt sich ein Geschäft nachweisen, wodurch die Zuwendung von Mobilien in der angegebenen Art nach bestimmten Grundsätzen erreicht wurde; es kommen auch

---

4) Schöffenurth. hinter Zobel's Sachssp. I. 12, 3. S. oben §. 9. Note 25.

5) Gosl. Stadtr. Art. 57. (s. Leibnit. S. S. rer. brunsv. III. p. 487.) Vorgifft en wat, offt he storve, dat men dat dar denne antworde; dewile he leve, so wille ne (l. he) des ghewelddich sin, dat ne is nein gave. — Vgl. Albrecht a. a. O. Note 511.

6) eod. Art. 59. — S. unten §. 14.

wohl anderswo Andeutungen ähnlicher Verfügungen vor: aber theils fehlt der Haltpunkt für ihre juristische Beurtheilung, theils lassen sie sich aus der Einwirkung des römischen Rechts erklären.

Das vor den sächsischen Schöffen ausgebildete Geschäft bestand nun darin, daß jemand einem andern durch ein gerichtliches Versprechen eine Forderung auf eine Summe Geldes oder andere Mobilien einräumte, deren Zahlungstag erst mit seinem (des Promittenten) Tode eintrat. Der Zuwendung lag also von Anfang an die Absicht unter, erst mit dem Tode des Freigebigen realisirt zu werden; aber jenes obligatorische Verhältniß wurde schon bei Lebzeiten des Schuldners als wirklich bestehend angenommen, und nur die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit fiel dem Erben zur Last. Darin ist freilich eine Abweichung vom älteren Recht enthalten, welches eine Zuwendung von Todes wegen nie an obligatorische Bande knüpfte; aber das alte Princip, welches solche Geschäfte im allgemeinen beherrschte, ist nicht gebrochen. Denn in dem neuen Geschäft wurde keine Succession von Todes wegen begründet, sondern nur dem Schenker ein Mittel angegeben, die Last der Freigebigkeit von sich abzuwälzen. Sowohl was diesen Punkt betrifft, als auch rücksichtlich der Constituirung eines sogleich wirksamen Rechtes liegt hier dieselbe Idee zum Grunde, welche die Vergabung von Immobilien durch die Auflassung charakterisirt.

Es soll jetzt der Beweis des Vorgebrachten geliefert werden; er ist gelungen, wenn gezeigt werden kann, daß sowohl der Promittent als nach dessen Tod sein Erbe für wahre Schuldner galten. — Die erste Spur eines Geschäftes der angegebenen Art findet sich im sächsischen Land-

recht [7]). Die Frau nimmt bei der Scheidung ihr Eingebrachtes heraus oder so viel von des Mannes Gut, als ihr gelobt war, da sie zusammen kamen. Der Zweck dieser Auslobung konnte nur die leichtere Regulirung der Masse bei dem Tode des einen Ehegatten seyn: starb die Frau zuerst, oder wurde die Ehe geschieden, so war der Mann zur Zahlung verpflichtet; ging aber der Mann früher mit Tode ab, so haftete die von ihm contrahirte Schuld auf seinen Erben. In dem einen Fall war also die Erfüllung der Obligation rein auf die Erben gestellt. Daß hier von keiner Freigebigkeit die Rede ist, sondern, wenn der Ausdruck vergönnt ist, von einer ästimirten Dos, — das ist für die rechtliche Beurtheilung des hervorgehobenen Princips von keiner Bedeutung. — Eine Art der Zuwendung von Mobilien auf den Todesfall ist die gelobte Morgengabe. Weil in den Städten die Sachen meistens fehlten, welche nach Landrecht [8]) zu Morgengabe gegeben wurden, so ersetzte man sie durch eine Geldsumme, welche der Frau nach des Mannes Tode zufiel [9]); die Form war

7) Sächs. Landr. III. 74. Wirt en wif mit rechte von irme manne gesceiden, — —. Man sal ir ok weder laten unde geven, svat sie to irme manne brachte, oder also vele des mannes gudes als ir gelovet wart, do sie to samene quamen. — Vgl. Hasse in der Zeitschr. f. g. RW. IV. 1. S. 81.

8) Sächs. Landr. I. 20. §. 1.

9) Sächs. Weichb. Art. 22. — — Man sagt, das man frauen binnen weichbild nicht pfleg zu geben morgengab. sint das zu morgengab gehöret, gedünet zimmer und veldgeng vieh, das zu weichbild denn nicht ist, da man mit steinen pfleget zu bauen. Denn was den frauen gegebin wird binnen weichbild zu leibzucht, das mus alles eigen sein oder farend an des mannes bereitestem gelt. (Vgl. Verm. Sachssp. I. 9, 6 und 7.) — Dem scheint zu widersprechen: Sächs. Weichb. Art. 57. Nimbt ein mann ein weib binnen weichbild, und stirbt darnach. das weib hat an seinem gut nichts, der mann hab irs denn vor gericht und in gehegtem ding gegeben zu

das gewöhnliche Gelübde, nur brauchte es für diesen Fall nicht immer gerichtlich zu seyn [10]). Hier zeigt sich nun recht deutlich, daß der Grund des Verhältnisses rein obligatorisch war: die Erben müssen der Frau die ausgelobte Summe bezahlen [11]), aber der Mann kann ihr Bürgen [12]) und Pfand zu ihrer Sicherheit dafür bestellen [13]).

---

irem leib oder zu morgengab oder zu eigen. — — Wölt man aber der frauen die morgengab brechen an farender hab, die ir gegeben ist vor gericht, sie bezeuget sie mit mannen und auch mit weibern, die do gegenwertig waren, da es ir gegeben ward, selb sibend. — Aber Gaupp (das alte magdeb. und hallische Recht S. 123 — 135) hat nachgewiesen, daß das Weichbild aus zwei verschiedenen Stücken besteht, von denen das erste (Art. 1. — 27.) das Rechtsbuch eines Privatmanns ist. Der Artikel 57. zeigt die Fortbildung der Lehre von der Morgengabe an.

10) Schöffenweisth. hinter Zobel's Sachssp. I. 11, 1. Nachdem die bloße Auslobung vor Zeugen beschrieben ist, heißt es: „das helt man für ein morgengab. das gibt man der frauen nach seinem tode."

11) Kulm. Recht. IV. 42. Gelobit ein man sime Wibe, di her nimmet ȝu der ee, ȝehen marck adir me ȝu morgengabe, und stirbet ee her is volfuret vor gehegetir bank: darumme mag di vrauwe des mannes erben ansprechen. Bekennen si des, das der man der vrauwen das gelt ȝu morgengabe gelobit habe, so sullen si das leisten, alse verre, alse das Erbe wert ist. is das si es abir vorsachin, di erben des gelubdes, si mogen unschuldig werden, und sullen daȝ sweren, das der man der vrauwen di morgengabe nicht gelobit habe.

12) Schöffenweisth. in (Böhme's) diplomat. Beiträgen VI. p. 107. 5. Eine fraue mag eres mannis erbe, darinne si bestorbin, nicht genisen also das se vormiten moge noch nicht besitczen ane der erben laub und willen. were abir der frauen icht gloubit zu morgengabe, do se den man nam, das se bewisen mag als recht, und ist ir des nicht geleistet adir gegebin und hat se keinen borgen davor. so darff se der were do se inne bestorbin ist, die eres mannis was, do her tot ausgeczogin wert, nicht reumen e denne die erbnamen ir gebin das ir czu morgengabe geteidingit und gloubit was. — — hot abir die fraue burgin vor das ir gloubit was czu morgengabe, so sal se reumen die gewere.

13) Sächs. Weichb. Art. 93. So ein mann seinem ehelichen

Wer also durch ein solches Gelübde bedacht war, der galt für einen Gläubiger, und konnte nach des Promittenten Tode Befriedigung verlangen; doch stand er den andern Gläubigern nach, wenn die Erbschaft nicht ausreichte: denn über diese hinaus hafteten die Erben nicht [14]).

Kulm. Recht. IV. 34. Gelobit ein man deme andirn vor gehegetem dinge tzehen mark minre adir me noch sime tode in alle sin gut. stirbet der unde blibet andirn luten schuldig, diselben schultlute sullen ire schult tzuvor nemen an des mannes gute, di si mit rechte bewisen und bewiset haben [15]).

Wichtig ist noch bei diesem Geschäfte die Beantwortung der Frage, ob der Erbe des Bedachten an seine Stelle trat, wenn dieser vor dem Promittenten starb. Ueber die gelobte Morgengabe findet sich die Bestimmung, daß

---

weib ein gut zu morgengab gibt, uud er sein eigen und sein erb darumb zu pfand setzt binnen weichbildrecht. stirbt der mann, die frau mag das pfand versetzen für ir geld, wem sie wil.

14) Kulm. Recht. IV. 42. — alse verre, alse das Erbe wert ist. S. oben Note 11.

15) Vgl. Schöffenweisth. in (Böhme's) diplomat. Beiträgen, VI. p. 106. 1. — Schöffenweisth. hinter Zobel's Sachssp. II. 7. Diese Stelle ist corrumpirt, und muß so gelesen werden: — — verdienten lohn und redliche schuld sol man von eines todten mannes geld zuvor gelten der morgengab, ob die frau an gereitem gut begabet ist. aber ist ihr die morgengabe an stehendem eigen oder erb gegeben, so sol die frau die morgengabe daran behalten. — Eine ähnliche Bestimmung findet sich: Lübsch. Recht vom Jahre 1240. Art. 28. So wanne en mensche stervet, unde gift sin gut to godeshusen oder sinen vrunden, dat sulve dat he gift, dat schal men ut geven van sineme gode. allererst de schuld, danne de almosen. dat dar baven is, dat schal men delen na stades rechte. — Doch bin ich geneigt, hier eine testamentarische Disposition als Grund der Zuwendung anzunehmen; s. unten §. 14.

der Mann sie den Verwandten der vor ihm verstorbenen Frau nicht auszuzahlen brauchte [16]); aber damit ist für das Geschäft im allgemeinen kein genügender Beweis geliefert, weil dieser Morgengabe der besondere Zweck unterlag, der Frau im Wittwenstande zu Gute zu kommen. Da jedoch die Zuwendung durch Auslobung einer Summe Geldes oder anderer Mobilien sich als eine Abweichung von den Grundsätzen des älteren Rechts darstellt; so scheint es angemessen, sie in keinem größeren Umfange aufzufassen, als es das Wesen des Geschäftes nothwendig erfordert, und darum steht wohl der allgemeinen Geltung jener Vorschrift über die Morgengabe kein genügender Grund entgegen [17]).

---

16) Schöffenweisth. in (Böhme's) diplom. Beiträgen, VI. p. 105. 1. Gloubit ein man sinem wibe in sin gut ein benumet gelt gebin czu morgengabe, die fraue gewinnet nicht kinder bei dem manne und sterbe. der frauen moge — — ist der man nicht pflichtig czu antworten umb das geltd.

17) Unter einem anderen Gesichtspunkte, als hier geschehen, hat Albrecht, Gewere S. 204 ff. das vorher entwickelte Geschäft aufgefaßt. Er nimmt an, daß die Zuwendung von fahrender Habe ohne die bei Lebzeiten des Gebers erfolgte Tradition dem Empfänger unwiderruflich die Rechte eines Erben gab (das Wort Erbe, in dem weitern Sinne, für jeden, der einen Anspruch von Todes wegen hat, genommen). Dieses soll sich darin zeigen, daß der Honorirte erst nach Abzug aller Schulden das ihm Zugewiesene erhalten konnte. — Im allgemeinen verweise ich hiergegen auf die von mir im Text versuchte Auslegung; außerdem muß ich noch einwenden, 1) daß jene weitere Bedeutung des Wortes Erbe mir unbekannt ist: das deutsche Recht kennt wohl einen heres in re certa, aber diese muß doch ein Immobile seyn. 2) Gerade in der Zeit, als jene Zuwendung von Mobilien sich geltend machte, fand eine große Schwankung statt über die Haft der Erben; der alte Grundsatz, daß die Schulden des Erblassers nur von der fahrenden Habe bezahlt zu werden brauchten,

Nach dieser Erörterung über die Vergabung der fahrenden Habe soll die Untersuchung auf diejenigen Geschäfte gerichtet werden, welche die Uebertragung eines ganzen Vermögens von Todes wegen zu ihrem Gegenstande hatten. Weil aber in dieser Lehre die Grundsätze des älteren Rechts in wesentlichen Punkten von denen abweichen, welche sich in späterer Zeit darüber gebildet haben; so ist es angemessen, hier eine scharfe Trennung eintreten zu lassen, und zuerst die ursprüngliche Gestalt der betreffenden Geschäfte zu entwickeln, dann aber die späteren Abänderungen und Erweiterungen besonders zusammen zu stellen. Darnach scheidet sich auch, was oben von der fahrenden Habe gesagt ist, insofern sie in Beziehung auf die Uebertragung eines ganzen Vermögens in Betracht kommt; namentlich ist der Grundsatz des älteren Rechts, daß eine Zuwendung von Mobilien in keinem Fall auf den Tod gestellt werden konnte, für die Beurtheilung jenes Geschäftes von der größten Wichtigkeit.

Denn ungeachtet dieses Grundsatzes findet man im deutschen Recht aus allen Zeiten Beispiele davon, daß eine Vergabung des ganzen Vermögens von Todes wegen durch die Auflassung beschafft wurde. Wenn nun eine Norm angegeben werden soll, nach welcher dieses Geschäft zu beurtheilen ist, so ergiebt sich aus dem An-

---

wurde gebrochen, aber die neuen Bestimmungen waren nicht gleichartig. Es scheint daher bedenklich, von diesem Punkte aus das Wesen des Geschäftes zu bestimmen. 3) Daß „verdienter Lohn und redliche Schuld" einer Freigebigkeit vorgezogen wurden, ist ganz der Billigkeit gemäß, und erklärt sich leicht. Aus einem ähnlichen Grunde gingen wohl nach römischem Rechte bei einer donatio omnium bonorum die Gläubiger dem Beschenkten vor. S. **Mühlenbruch**. doctr. pandect. III. §. 632. Note 10.

geführten, daß eine Zerlegung der Vermögensmasse in bewegliche und unbewegliche Sachen, und eine selbständige Behandlung beider Theile nicht angenommen werden darf. Einem jeden würde dann seine Natur geblieben seyn, und also auch die Rechtsregel, worunter er überhaupt in diesen Beziehungen stand: diese gestattete ja aber eben für die Mobilien eine solche Zuwendung nicht. — Darum ist es nothwendig, daß man dieses Geschäft unter einem besonderen Gesichtspunkte auffasse. Das kann nun entweder so geschehen, daß man den Gegenstand der Vergabung als eine neu entstandene Masse ansieht, die nach eigenthümlichen Grundsätzen zu beurtheilen sey; oder dem einen von den beiden Bestandtheilen des Vermögens einen so überwiegenden Einfluß beilegt, daß er es vermocht habe, den andern in die ihm eigenthümliche Rechtssphäre hinüber zu ziehen. Den ersten Weg geht Albrecht [18]), indem er als den Gegenstand des Geschäftes nicht die einzelnen Sachen ansieht, woraus das Vermögen besteht, sondern dieses selbst, als Universitas gedacht. Für die spätere Zeit des deutschen Rechts, auf deren Quellen jene Ansicht hauptsächlich berechnet ist, wird auch diese Untersuchung theilweise zu demselben Resultate gelangen (s. unten §. 11.); aber für das ältere Recht paßt sie wohl nicht. Daß ein ideelles Wesen, wie das Vermögen nach jener Vorstellung ist, zum Gegenstande einer Handlung gemacht werde, die sonst nur für eine bestimmte Art von Sachen gebräuchlich war, setzt schon eine sehr bedeutende Verfeinerung der juristischen Begriffe voraus, welche dem altdeutschen Rechte nicht zugetraut werden darf. Um zu einer solchen Anschauung zu gelangen, mußte eine Periode vorangehen, in der man

---

18) Gewere S. 220. ff.

daran gewöhnt worden war, ein an sich einfaches Geschäft mit Leichtigkeit zu handhaben; dann konnte ein gebildeteres Geschlecht schon zu dem Abstracteren greifen. — Dieser Fortgang wird später nicht übersehen werden; zuvörderst geht die Untersuchung auf das alte Recht, und für dieses soll die Durchführung der zweiten Ansicht versucht werden.

Eine Bemerkung, welche schon früher gemacht ist, muß hier wiederholt werden: daß nämlich die Gestaltung des älteren deutschen Sachenrechts hauptsächlich durch die Bedeutung des Grundeigenthums bestimmt worden ist. Dieses kam daher, weil der Werth, welchen die Grundstücke an sich in einer einfachen, geldarmen Zeit hatten, den der andern Güter bei weitem überwog; besonders aber, weil dem Mobiliarvermögen, wenn man von dem Heergewette und theilweise von der Gerade absieht, durch sein Verhältniß zum Grundbesitz die angemessene Stelle im Verkehr angewiesen wurde, indem es entweder als dessen Frucht oder das Mittel der Benutzung und Bearbeitung erscheint. Damit soll nicht gesagt seyn, daß die fahrende Habe in der juristischen Bedeutung und im Verkehr nicht auch eine selbständige Geltung gehabt hätte: das widerspräche den Quellen und der Natur der Sache. Sondern die Meinung soll hier ausgesprochen werden, daß in der älteren Zeit die Mobilien eine so untergeordnete Stellung zum Grundbesitz einnehmen konnten, daß sie für gewisse Fälle ganz in dessen Rechtssphäre hinein gezogen wurden, und in ein Verhältniß zu demselben traten, welches sie als bloße Pertinenzien erscheinen läßt. — Dieses muß zuerst bewiesen werden.

1. Die agrarischen Verhältnisse wurden im Mittelalter hauptsächlich durch die Scheidung der Bevölkerung in Freie und Hörige bestimmt. Letztere bauten das Land, und

vermittelten so die Benutzung desselben für den Herren. Jene Verbindung aber zwischen Land und Leuten war so eng, daß diese nicht bloß als ein selbstständiger Theil des Vermögens und Verkehrs vorkamen, sondern noch häufiger als bloße Pertinenzien der Landgüter. Daher wurden sie unter der Bezeichnung derselben (hereditas) mit begriffen [19]; sie konnten nur, wie diese, im Gericht des Grafen und Sendboten vindicirt werden [20]; und wenn das Land übertragen wurde, so gingen regelmäßig die darauf sitzenden hörigen Leute als Zubehör mit über [21].

2. An einer andern Stelle [22] ist schon gezeigt worden, daß das Inventar eines Landgutes, einer Mühle u. s. w. mit dem Worte Vestitura bezeichnet wurde, und es sind daselbst auch Beispiele zu finden, daß dieses Inventar zugleich mit dem Gute auf den Erwerber übergehen konnte als Gegenstand einer Tradition, so daß die Pertinenzqualität desselben nicht zu verkennen ist. Andere Urkunden zeigen, was in dieser Beziehung zum Immobile stehen konnte. Unter den Pertinenzien wird aufgezählt das Hausgeräth [23], so wie überhaupt das zur Wirthschaft

---

19) Capit. I. Caroli M. ai. 806. c. 11. S. oben S. 15.

20) Capit. III. Caroli M. ai. 812. c. 4. — Vgl. Sächs. Landr. I. 52, §. 1.

21) Von den vielen Traditionsformeln wähle ich das erste beste Beispiel, welches mir in die Hände fällt. Schannat. trad. fuld. I. No. 579. — tradidimus villam — cum omnibus appendiciis et adjacentiis suis, curtilibus, *mancipiis*, aedificiis, terris, cultis et incultis, agris, pratis, pascuis, silvis, aquis, aquarum decursibus, viis et inviis, exitibus et reditibus, quaesitis et inquirendis, mobilibus et immobilibus *et cum omni utilitate humani incolatus, cum familia utriusque sexus* — —.

22) S. oben §. 4. Note 19 und 20.

23) Form. Marculfi I. 12. — dedit — villas — cum ter-

nöthige Geräthe [24]; ferner der Viehstapel [25], und Geld [26], worunter man sowohl Geldprästationen der Hörigen als auch das Betriebskapital verstehen kann. — Daß in den angeführten Stellen diese Gegenstände als Pertinenzien gedacht sind, ergiebt sich namentlich daraus, daß die Güter meistens mit einem solchen Inventar zu Nießbrauch ausstanden; dieses ging dann in der Beschaf-

---

ris etc. seu praesidio domus eorum — vel omne supellectile eorum —. — Guden. IV. p. 993. (a. 1306.) Es sind einige Immobilien übertragen „nec non universa utensilia et suppellectilia sua, que Hussrat vulgariter dicuntur." — Kulm. Recht, IV. 13. Gebit ein man in gehegetem dinge siner Kindir ein eime sinen Hof uf mit allem husrate u. s. w.

24) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 57. (c. a. 775.) — alodem nostram in loco H. — tradimus — — vel quicquid in usum utensiliis jure ditioni nostrae esse videntur —. — eod. No. 106. (c. a. 790.) — tradidi propriam hereditatem — hoc est ecclesiam cum domo seu omnia utensilia ad ea pertinentia mobilia seu immobilia — tam in mancipiis quam etiam in aliis necessariis causis.

25) Meichelb. l. c. No. 225. (c. a. 800.) — tradidi propriam hereditatem meam in A. — hoc est cum ecclesia, domibus, aedificiis, curtiferis — — *greges cum pecoribus* etc. — eod. No. 510. (a. 827.) — rem supra dictam pertinentem cultis — — seu omnibus adjacentibus et *adnutritis pecoribus* — tradimus. — Muratori ant. ital. V. p. 513. (a. 867.) — cum casis et hedeficiis, cum gregis ovium et greges porcorum et greges armentorum cum servos et ancillas et cum ipsos pastores, qui ipsa animalia custodiunt —.

26) Meichelb. l. c. No. 432. (a. 822.) — cum edis, edificiis — mancipiis, *pecuniis*, pecoribus —. eod. No. 627. (a. 843.) — cum terris — — et pecoribus, cum omnibus adquisitis et *superinpositis pecuniis*. Schannat. trad. fuld. I. No. 162. — donamus quicquid proprietatis habemus in R. — totum et integrum — *pecuniae*, quadrupedis utriusque sexus —. Vgl. Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 21. (c. a. 775.) — dedit et illa pecunia que habuit ad I. —

fenheit, in welcher es sich bei dem Rückfall befand, auf den Eigenthümer über. Folgender Fall bietet ein deutliches Beispiel dar. Es ist schon früher (§. 9. Note 27.) bemerkt worden, daß, wenn bei einer Vergabung von Todes wegen nur ein Nießbrauch auf Seiten des Tradenten blieb, dieser zu einer sorgfältigen Bewirthschaftung des übertragenen Gutes verpflichtet war: dann lag es ihm auch ob, wo möglich das Inventar, welches den vorher angegebenen Umfang haben konnte, zu erhalten und zu vermehren [27]). — Wenn der Vergabung ein Gesammteigenthum zum Grunde lag, so ist allerdings von einer solchen dem Tradenten ausdrücklich aufgelegten Verbindlichkeit nicht die Rede; aber der Bedachte erhielt doch auch das Gut mit den dazu gehörenden Mobilien [28]).

Hierbei ist man aber nicht stehen geblieben. Es finden sich nicht wenige Beispiele davon, daß in die Uebertragung von Immobilien die ganze fahrende Habe, welche sich zu einer bestimmten Zeit auf denselben befand, hineingezogen wurde; und zwar so, daß der Zeitpunkt, an

---

27) Meichelb. l. c. No. 154. (c. a. 800.) De traditione, quam fecit A. ad M. quicquid ibidem habuit —. Ea vero ratione usque ego ipse vivam —, ut habeam ad utendum et emeliorandum, non in nullo comminuendum: post obitum vero meum ita augmentatum atque emelioratum, sicut obitus meus derelinquat *cum omni integritate, cum aedificiis et pecoribus et pecuniis* — firmiter permaneat ad — F. — Schannat. l. c. No. 48. (a. 776.) — Form. Marculfi II. 3.

28) Meichelb. l. c. No. 635. (a. 845.) — tradidimus — quicquid proprietatis — habuimus in P. hoc totum et integrum cum omnibus confiniis ad haec pertinentibus, *cum mancipiis — cum pecoribus et pecuniis et cum omni adquisitione nostra*, quam ipso die habere videbamur, quando de hoc seculo migrasse nobis contingat.

welchem sie übergehen sollte, nicht immer der der Auflassung war, ja sogar auf den Tod des letzten Besitzers gestellt werden konnte [29]). Wenn nun auch jene Sachen größtentheils zu den Pertinenzien gehört haben mögen; so darf man doch gewiß nicht annehmen, daß alle von dieser Beschaffenheit gewesen sind: es scheint daher in diesem Fall der Grundsatz des älteren Rechts, daß Mobilien nicht auf den Todesfall übertragen werden können, gebrochen

---

29) Form. Marculfi II. 3. — App. Form. Marculfi 37. — Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 43. (a. 801.) — in ea vero ratione, ut dum diu advixero ipsas res per vestrum beneficium teneam, et post meum quoque obitum quicquid ibidem repertum fuerit vel transitus meus ibidem dereliquerit, cum omni supellectile vel conlaborato seu et adquisitu vel adtractu, undecumque ad me pervenerit, in vestram revocare faciatis dominationem. Tamen convenit etc. S. oben §. 9. Note 27. — Neugart. cod. dipl. Alem. I. No. 554. (a. 885.) Haec omnia — ea ratione — trado, ut e contra in beneficium suscipiam unam hobam in P. cum pecoribus et omnibus rebus, quae hodierna die in eadem hoba inventae sunt. — eod. No. 733. (a. 948.). — — Quam ille proprietatem cum potestative possedisset, ad monasterium multis testibus adhibitis reddidit atque revestivit; insuperque praenotatas hobas in V. cum alpe jam dicto S. G. nobisque contradidit. Ea dumtaxat ratione, ut ipse haec omnia ad tempus vitae suae possideat, redemptione omnino denegata. Post mortem vero ejus ipsa loca cum XV. mancipiis et *omnibus mobilibus et immobilibus, quae illo tempore ibi fuerint inventa*, ad monasterium ex integro revertatur, *excepta uxoris pecunia et domesticorum illius servitorum supellectilibus*. — Schannat. vind. litt. I. p. 60. (a. 1100.) — quinque mansos et dimidium — cum duobus mancipiis delegaverim ejus conditionis tenore — ut eandemque possessionem vitae meae usibus profuturam in beneficium — retineam; quacumque autem die viam universae carnis ingressus fuero, quicquid ibi repertum fuerit frumenti vel animalium sive aliarum quarumcunque rerum parvarum sive magnarum, abbas — cum ipsa possessione ex tunc — in suam fratrumque suorum recipiat potestatem.

zu seyn. Ich weiß hiervon keine Erklärung zu geben, die mir selbst vollständig genügte; wahrscheinlich hat die überwiegende Wichtigkeit derjenigen Sachen, welche als Pertinenzien vorkommen, (Hörige, Haus- und Wirthschaftsgeräth, Viehstapel, Geld) in diesem Fall eine weitere Ausdehnung des Grundsatzes, der streng genommen nur für sie galt, auch auf andere Mobilien veranlaßt. — Man könnte geneigt seyn, hier die Regel zur Anwendung zu bringen, welche Albrecht [30]) aufgestellt hat: daß in der Gewere von Immobilien zugleich die aller fahrenden Habe enthalten sey, welche sich in dem Umkreise derselben befindet. Ich glaube diese Regel dahin beschränken zu müssen, daß der bloße Aufenthalt von Mobilien auf einem Grundstück dessen Inhaber unter gewissen Umständen die Rechte der Gewere geben konnte: aber wenn man sich auch für berechtigt hielte, weitere Folgerungen daraus zu ziehen, und z. B. anzunehmen, daß durch die Uebertragung eines Grundstückes alle darauf befindlichen Mobilien von selbst mit übergingen; so glaube ich doch nicht, daß dadurch die oben erwähnte Zuwendung gerechtfertigt würde. Denn ich kann mir das Verhältniß jedenfalls nur so denken, daß der Erwerber des Grundstückes erst mit dem Besitze desselben die Gewere an der fahrenden Habe erhielt. Wenn nun der Zeitpunkt, an welchem er diesen erlangte, erst mit dem Tode des Tradenten eintrat, wie es bei den genannten Vergabungen geschah; so war auch in diesem Fall der Grundsatz verletzt, welcher sonst rücksichtlich der Mobilien für sie zur Anwendung kam.

Welchen Grund man aber auch für dieses Verhältniß aufsuchen mag, — gewiß ist, daß zugleich mit Immo-

30) Gewere S. 19. ff. 79. ff.

bilien die darauf befindlichen Pertinenzien und die anderen Mobilien, welche dem Tradenten gehörten [31]), von Todes wegen übertragen werden konnten, indem der überwiegende Einfluß des Grundbesitzes die letzteren Sachen in seine Rechtssphäre herüberzog, und sie unter Rechtsgrundsätze brachte, die an und für sich ihrer Natur widerstrebten. Da nun sehr häufig in einem Landgut mit dem Inventar und den andern darauf befindlichen Sachen das ganze Vermögen einer Person wird bestanden haben; so lag in einer Vergabung, welche den angegebenen Umfang hatte, in der That die eines ganzen Vermögens, und zuweilen wird auch ausdrücklich gesagt, daß dieses der Gegenstand einer solchen Uebertragung sey [32]). — Wenn jemand aber auch mehre Grundstücke an verschiedenen Orten besaß, so stand dem nichts entgegen, daß er sie zum Gegenstande einer Auflassung machte und zugleich übertrug [33]); wobei es seit Ludwig's Capitulare vom Jahre 819. [34]) nicht einmal einen Unterschied machte, ob sie in derselben Grafschaft lagen oder nicht. Denkt man sich nun das Mobiliarvermögen auf den verschiedenen Gütern vertheilt; so darf man annehmen, daß es in Masse überging, wie

---

31) Diese Beschränkung muß man natürlich annehmen. S. die zweite der aus Neugart in Note 29. angeführten Urkunden am Ende.

32) Meichelb. l. c. No. 47. (a. 775.) Ego R. — tradidi et uxor mea *omnia quae habuimus* — servos, mancipias, colonias etc. cum omni utensilia ad nos jura pertinentia, ut post obitum meum stabilis fuisset —. — eod. No. 315. (a. 816.).

33) S. Form. Marculfi I. 12. II. 3. — Form. lindenbr. 50. — Meichelb. l. c. No. 550. (a. 831.) — No. 607. (a. 836.) — Schannat. trad. fuld. I. No. 145. (a. 800.) — No. 499. (a. 866.) — Muratori ant. ital. V. p. 515. (a. 867.)

34) S. oben §. 4. S. 20.

nach den vorher gegebenen Beispielen das einzelne Grundstück alles mit sich zog, was sich in seinem Umkreise befand.

Auf diese Weise stellt sich die Möglichkeit heraus, wie das ganze Vermögen einer Person zum Gegenstande der Auflassung gemacht werden konnte, und dadurch einem Geschäfte dienstbar wurde, welches ursprünglich nur für Immobilien berechnet schien. Eine wesentliche Unterstützung erhält die entwickelte Ansicht dadurch, daß allenthalben, wo im älteren Recht eine Vergabung des ganzen Vermögens sich findet, Grundstücke als der wichtigste Bestandtheil desselben hervorgehoben sind; nur die fränkische Affatomie erwähnt ihrer nicht ausdrücklich: aber es liegt doch auch kein Hinderniß vor, sie wie die andern Fälle zu erklären. — Es darf jedoch auch nicht übersehen werden, daß bei der versuchten Entwicklung jener Zuwendung eine Schwierigkeit unerledigt geblieben ist, deren Lösung billig erwartet werden könnte. Wie verhielt es sich mit den Forderungen und Schulden des Tradenten? gingen sie als ein Theil des Vermögens auf den Bedachten über, oder blieben sie außerhalb der durch die Auflassung begründeten Vergabung? Zwar ist es gewiß, daß in der älteren Zeit die Bedeutung bloß persönlicher Schuldverhältnisse bei den Germanen sehr untergeordnet war, weil sich theils der Verkehr überhaupt in sehr engen Grenzen bewegte, theils die Verleihung des Grundbesitzes regelmäßig einen dinglichen Charakter hatte, und endlich statt des jetzt üblichen Darlehns das Geld, wenn man es überhaupt austhun wollte, zur Erwerbung einer Realrente benutzt zu werden pflegte. Aber wenn aus diesen Gründen die angeregte Frage auch an Wichtigkeit verliert, so ist sie damit noch nicht beseitigt. In den Quellen des alten Rechts habe ich

vergeblich nach einer Norm gesucht, welche für diesen Fall eine entschiedene Antwort gestattete. Nur das longobardische Recht [35]) enthält eine Bestimmung darüber, indem es denjenigen, welcher einem andern ein Thinx gemacht hat, in seinen obligatorischen Verhältnissen durch diesen vollständig repräsentiren läßt. Diese Vorschrift ist aber wohl durch die Einwirkung des römischen Rechts entstanden, wie ich das am angeführten Orte weitläuftiger zu zeigen gesucht habe. Wenn man sie allgemein für die Vergabungen von Todes wegen, welche ein ganzes Vermögen zum Gegenstande hatten, gelten lassen wollte, so würde man zu dem Resultate kommen, daß der durch ein solches Geschäft Bedachte strenger hätte haften müssen, als es sogar der Erbe nach älterem Rechte that: denn noch zur Zeit des Sachsenspiegels brauchte dieser die Schuld nur zu bezahlen, so weit die fahrende Habe reichte [36]). Die Frage wird sich also genauer so stellen: repräsentirte der Bedachte den Tradenten so weit, als der Erbe den Erblasser? Die strenge Form des Geschäftes, bei welchem, wie es sich aus der folgenden Untersuchung ergeben wird, die Auflassung das bestimmende Princip war, hält mich ab, die Schwierigkeit durch eine kecke Bejahung zu beseitigen; auf der andern Seite ist aber nicht zu verkennen, daß es unnatürlich scheint, wenn man die Obligationen aus der Masse heraus nehmen, und sie entweder ganz umkommen lassen, oder in dieser Beziehung etwa den nächstgesippten Freund zur Repräsentation herbeirufen wollte. Es ist mir wahrscheinlich, daß bei diesem Verhältniß kein allgemeines

35) L. Long. Rotharis 174. S. oben §. 8. S. 116.

36) Sächs. Landr. I. 6. §. 2. Vgl. die Stellen in Homeyer's Register zum Sachssp. S. 198. s. v. der Erbe.

Princip durchgeführt ist, sondern daß man im einzelnen Fall durch Aufnahme des Bedachten in den Obligationsverband, durch Bürgschaft, Pfand u. s. w. dem Bedürfniß und der Billigkeit zu genügen gestrebt hat.

Nachdem im Vorhergehenden der Versuch gemacht ist, die Art und Weise anzugeben, in welcher ein ganzes Vermögen zum Gegenstand der Auflassung, und darum auch einer Zuwendung von Todes wegen gemacht werden konnte; so kann jetzt ein Punkt zur Erörterung gebracht werden, welcher für die Beurtheilung dieses Geschäftes von großer Wichtigkeit ist: ob nämlich eine solche Uebertragung bloß auf das gegenwärtige, oder auch auf das zukünftige Vermögen ging. Auch hierüber habe ich im älteren Recht keine entscheidende Stelle gefunden; denn Beispiele davon, daß bloß das gegenwärtige Vermögen zum Gegenstande der Vergabung gemacht wurde, schließen die Möglichkeit des andern Falles natürlich nicht aus. — Man könnte geneigt seyn, die Form. goldastina 15. (a. 808.) hierher zu ziehen. In dieser Urkunde (bekanntlich sind die s. g. goldastinischen Formeln größtentheils wirkliche Urkunden) wird der Gegenstand einer Vergabung so bezeichnet: quicquid in die obitus mei de hac luce in pecuniali causa non datum et non usitatum reliquerim. Allein wenn man auch auf die Ueberschrift: de codicillis, welche vielleicht von Goldast herrührt, kein Gewicht legen will; so ist es doch höchst wahrscheinlich, daß hier eine dem römischen Recht nachgebildete Seelgift vorliegt. Denn, was sehr wichtig ist, es wird der Auflassung keine Erwähnung gethan, und ein geistliches Stift ist bedacht worden; auch läßt sich der Ausdruck: in pecuniali causa, wohl nur auf Geld oder allgemein auf die fahrende Habe beziehn, für welche das Geschäft nach deutschem Recht überhaupt

nicht paßte [37]). — Ungeachtet dieses Stillschweigens der Quellen glaube ich doch, daß sich ein ziemlich bestimmtes Resultat finden läßt. Wenn man nämlich annimmt, daß das Vermögen hier nicht als Universitas betrachtet, sondern als der Inbegriff mehrer einzelner Sachen zum Gegenstande der Auflassung gemacht wurde; so ergiebt sich, daß nur die Immobilien darunter befaßt seyn konnten, welche zur Zeit der Uebertragung im Eigenthume des Tradenten standen. Denn weil sie überhaupt nicht in den höheren Begriff des Vermögens aufgingen, sondern ihre eigenthümliche Stellung im Rechtsgebiet bewahrten; zu einer erfolgreichen Zuwendung derselben aber die Auflassung unumgänglich nothwendig war: so mußte es in Bezug auf diejenigen, für welche ein solcher Act nicht vorgenommen war, ohne Einfluß seyn, ob man ihn für andere beschafft hatte. Um zu dem entgegengesetzten Resultate zu gelangen, müßte man annehmen, daß für die nach der Auflassung hinzugekommenen Grundstücke dieselbe anticipirt worden sey; aber wenn eine solche Fiction auch im späteren Rechte möglich war, so scheint sie mir doch für die ältere Zeit zu künstlich. Auch ist mir bis ins dreizehnte Jahrhundert hinein kein Fall vorgekommen, wo einer Vergabung des ganzen Vermögens eine solche Ausdehnung gegeben wäre; und deswegen trage ich kein Bedenken anzunehmen, daß die später hinzugekommenen Immobilien nicht zum Gegenstand des Geschäftes gehört haben. Natürlich geht dieß

---

37) Dennoch hat C. W. Pätz (in der gekrönten Preisschrift: commentatio successione universali per pactum promissa an et quatenus promittenti facultas de bonis inter vivos disponendi ademta sit. Gotting. 1801. 4. p. 18.) aus dieser Stelle die Ansicht herzuleiten gesucht, daß die Vergabung eines ganzen Vermögens stets auch die bona futura umfaßte.

aber nicht auf die Erweiterung eines bestimmten Landguts, mochte sie durch natürliche Accession oder auf eine andere Weise bewirkt seyn; auf einen solchen Zuwachs wird in den Traditionsformeln häufig die Uebertragung mit bezogen [38]). Auch ist durch die vorgetragene Ansicht nicht jede Beziehung auf die später hinzugekommenen Grundstücke ausgeschlossen; die Auflassung konnte für sie nachgeholt, und dieses zum voraus versprochen werden [39]): aber natürlich entstand daraus bis zur Erfüllung kein gesichertes dingliches Recht.

So verhielt es sich mit den Immobilien; ganz anders aber gestaltete sich die Sache bei der fahrenden Habe. Es ist vorher gezeigt worden, daß ihre Pertinenzqualität es möglich machte, sie unter eine Auflassung zu befassen; so wohl in dieser Eigenschaft, als auch ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, welche regelmäßig zu einem Verbrauchen und Ergänzen hinführt, konnten einzelne, bestimmte Sachen hier nicht den Gegenstand der Zuwendung ausmachen. Die fahrende Habe ging als eine Masse über,

---

38) Gewöhnlich wird dieß ausgedrückt: cum quaesitis et inquirendis. S. Meichelb. l. c. No. 705. (a. 855.) — No. 902. (a. 891.) — Schannat. trad. fuld. I. No. 531. (a. 889.) — Mon. boic. coll. nov. I. 1. No. 63. (a. 888.)

39) Meichelb. l. c. No. 474. (a. 821.). T. O. S. et W. — *omnia ex integro eo tempore habentia*, quae eis legitime in proprium hereditatem pertinere videbatur, domui S. M. communi manu *firmiter tradiderunt*, et cum veraces testibus confirmaverunt. His vero defunctis W. superstis exstitit, et has quatuor partes a defensore S. M. in beneficium accepit ad augmentandum et meliorandum, non in nullo minuendum aut distrahendum. — Nunc vero — — ante acta renovavit, et interim adquisita omnia in omnibus legitime tradidit, *et quicquid deinceps adipisci potuisset, omnia prumpta voluntate promisit domui S. M. in propriam hereditatem adunare* —.

welche dem Wechsel und dem Verkehr unterworfem war; die Verpflichtung zur guten Wirthschaft sicherte ihren Bestand; sie beherrschte nicht das Geschäft, wie man es gewissermaaßen von den Immobilien sagen kann, sondern stand umgekehrt ganz unter seinem Einfluß. Nur in dem Fall konnte auch sie nicht ganz auf den durch die Vergabung Bedachten übergehen, wenn später Grundstücke erworben waren, die man nicht durch die nachgeholte Auflassung in die Zuwendung aufgenommen hatte: diese zogen auch die in ihrem Umkreis befindlichen Mobilien aus der Masse heraus.

Jetzt sollen die Wirkungen genauer untersucht werden, welche eine Vergabung von Todes wegen hatte, die auf das ganze Vermögen ging; es muß dabei die früher festgestellte Unterscheidung, ob das Recht, welches dem Tradenten blieb, ein Nießbrauch oder Gesammteigenthum war, zu Grunde gelegt werden.

I. Um für die ganze Untersuchung eine feste Grundlage zu gewinnen, ist es dienlich, zuerst einige Stellen anzuführen, woraus sich ergiebt, daß überhaupt ein ganzes Vermögen mit dem vorbehaltenen lebenslänglichen Nießbrauch auch nach dem älteren Rechte übertragen werden konnte. Beispiele davon finden sich in alemannischen Urkunden [40]),

---

40) Neugart. I. No. 36. (a. 762.) — *omnes facultates meas*, quas mihi bene memoratus genitor meus dereliquit vel quidquid ego ipse postea adquesivi, omnia ex integro — a die praesente in vestram trado dominationem, in meam vero rationem, ut per precariam de vobis hoc recipiam —. eod. No. 73. (a. 779.) — talis mihi decrevit voluntas, ut una cum filio meo H. *omnes res nostras* ad monasterium — condonare deberem, quod ita et feci. — — Hec omnia et ex integro a die praesente ad ipsum monasterium — trado in dominationem. In ea vero ra-

in bairischen [41]) und longobardischen [42]). Besonders interessant ist eine Vergabung, die im Jahre 1245. der Kathedrale zu Freisingen gemacht wurde [43]); die Urkunde darüber lautet:

Noverint universi praesentem paginam inspecturi, quod ego Ch. comes dictus de Niwenberch frisingensis dyocesis omne dominium rerum sive mobilium sive immobilium seu se moventium tam in Bawaria, quam in Austria, quam etiam ubicunque locorum jure proprietario me respicientium dedi et transtuli jure plenissimo kathedrali ecclesiae frisingensi, omnium

---

tione, ut dum advivo ipsas res possedeam, et censum annis singulis exinde solvam —.

41) Meichelb. l. c. — No. 432. (a. 822.) — *omnem rem proprietatis meae* dono, trado ad monasterio — — quicquid hereditatis aut adquisitionis habere videor(um) in — S., hoc universaliter — cum edis, edificiis, curtis, silvis, campis, pratis, pascuis, mancipiis, pecuniis, pecoribus — — trado atque transfirmo de meo jure et potestate in jurem et potestatem ipsius monasterii, ut in perpetuum firmum omnino et stabilis fiat, eo vero tenore, ut ego ipse vel nepus meus R., dum diu in hac fragili vita vixerimus, ad nostrum usum et potestatem habemus, et pro hoc eadem hora censum persolvi — denarios VI. et simul wadiavi annis singulis. Post nostrum vero obitum quicquid ibidem adtractum emelioratumque repertum fuerit, vel transitus noster relinquerit, hoc totum et integrum ad jam dicto monasterio F. tenetur. — eod. No. 315. (a. 816.).

42) Muratori ant. ital. II. p. 1027. (a. 868.) — praefata ecclesia nostra — cum omnibus rebus nostris mobilia et immobilia seu se moventibus, *omnia quidquid nobis pertinuit et presenti pertinet* — — omnia in integrum sit in potestate ecclesie S. M. — in tali vero tenore, ut dum unus ex nobis advivere merueremus, in nostra reservamus potestatem — usum fructuando omnia suprascripta —.

43) S. Meichelb. hist. frising. II. p. 27.

praedictarum rerum usufructum mihi pro tempore vitae meae reservans, salva tamen ipsarum rerum proprietate, quam transtuli ad ecclesiam memoratam. Homines quoque mei nobilis conditionis ad debitum ecclesiae frisingensi suisque in futurum episcopis servitium, utpote ministeriales jurejurandi se vinculo adstrinxerunt, nihilominus tempore praedicto mihi obsequia non incongrua depssuri (*depensuri?*) ...... adjecti inquam, ut mei liberi virilis sexus, si quos ex libera genuero, haec mea gesta, dum suae fuerint compotes rationis, in ecclesia kathedrali coram pro tempore episcopo et canonicis nec non ministerialibus dictae kathedrali ecclesiae frisingensi approbent et affirment. Caeterum si qui eorumdem liberorum haec vel negligere vel his attemptaverint oviare, ab omni, quod in suprafatis possessionibus jure juxta praedictum modum habere poterant, cadant destituti. Plane et huic me subjeci liberaliter necessitati, ne si corrupto mutato forsitan consilio cuiquam supra dictorum attemptavero, quod absit, contraire, pari cum liberis meis in saepedictis rebus et juribus poena adstringar. Aderant autem praedictae traditioni etc.

Unklar ist das Recht der Söhne, wenn solche geboren werden sollten; wahrscheinlich ist vor: adjecti inquam, etwas ausgelassen; es wird auch ihnen der Nießbrauch vorbehalten seyn.

Was nun die Wirkung einer solchen Zuwendung im Einzelnen betrifft, so muß man nach dem, was oben über den Gegenstand derselben vorgebracht ist, annehmen, daß hier für den Tradenten dieselben Grundsätze zur Anwendung kamen, welche bei der Vergabung eines einzel=

nen Grundstückes galten [44]): Benutzung ohne Dispositionsbefugniß und Verpflichtung zu einer guten Bewirthschaftung; denn das Vermögen bestand ja ursprünglich in diesem Fall nur aus einem oder mehren Grundstücken, an die sich die fahrende Habe anschloß. In der That giebt es auch Stellen, in welchen dem Tradenten, der als Nutznießer im Vermögen fortsitzt, die genannte Stellung gegeben ist. Eine longobardische Urkunde [45]) enthält hierüber sehr genaue Bestimmungen, und gleichfalls eine bairische [46]), welche nach der am Schluß bemerkten Wie-

---

44) S. oben §. 9. Note 27.

45) S. Muratori ant. ital. II. p. 1025. (a. 765.) — ecclesie — omnem substantia nostra in qualibet loco quecumque habere visis sumus casis, terris — — serbi et ancille, cavallis, bovis, mobilia vel immobilia et se moventibus, ut dixi, omnia et in omnibus ad nos pertinentes in integrum offerre videor. in tali enim tenore — ut dum — vivere meruerimus, in nostra serbamus potestatem, ipse jam dicte dei ecclesie studendum et res ipsorum ad usufructuandum et — ad ipse sancte loca caste et juste serbiendum et vivendum, nam non vindendum vel naufragandum aut alibi trahendum —.

46) Meichelb. l. c. I. No. 532. (a. 828.) — ego Quarti nationis Noricorum et Pregnariorum dono, trado ac perpetualiter transfirmo ad possidendum — monasterio propriam hereditatem meam — in locis illis — — cum omnique confirmo quicquid ad meam proprietatem pertinet in his supra dictis locis, et eo tenore ipsam traditionem firmabo, ut usque dum vivo ego et mater mea C. hoc usufructuario ad usitandum et ad meliorandum, quantum domino largiente valeamus, illud perficere procuramus, non tamen in aliquo comminuendi, perdendi nec commutandi nullo modo postea potestatem habeamus, sed ut post obitum nostrum vel antea, sicut nobis conplacuit, ad ipsam — casam dei — cum omni conlaboratu et conquestu, qualescumque ipso die ibi inventum fuerit, pleniter permaneant —.

Notitia traditionis, quam Q. secunda vice iterum renovavit —.

derholung der Auflassung (s. oben §. 4. Note 38 — 42.) auch auf das ganze gegenwärtige Vermögen ging. — Zwar läßt sich nicht verkennen, daß die Hauptstütze dieses Geschäftes der gute Glaube und das Vertrauen der Partcien seyn mußte; aber es zeigt sich doch in den angeführten Stellen das Bestreben, die gegenseitigen Beziehungen unter einen bestimmten Gesichtspunkt zu stellen, der eine Norm für die Ausführung und Beurtheilung abgab. Diese ist die Pflicht des Nutznießers, das Vermögen im Interesse des Bedachten zu verwalten. Daß ihm keine Dispositionsbefugnisse über die Immobilien zustanden, ergiebt sich schon aus dem Wesen des Nießbrauchs; aber auch für die Erhaltung der fahrenden Habe mußte er sorgen, was deutlich aus der bei diesem Geschäft vorkommenden Clausel erhellt, mit welcher sich der Tradent die Vergabung zu frommen Zwecken bis auf eine gewisse Summe vorbehielt [47]). Aus diesem Grunde scheint er nach der Auflassung an jeder Freigebigkeit verhindert zu seyn, während er die zur Wirthschaft nöthigen Geschäfte wohl ohne formelle Beschränkung eingehen konnte.

II. Die Zuwendung eines ganzen Vermögens, wodurch ein Gesammteigenthum begründet wurde, konnte zwiefacher Art seyn, indem entweder Mehre sich gegenseitig ihre Güter aufließen, oder die Uebertragung einseitig geschah. Im ersten Fall konnte die Absicht dahin gehen,

---

Tunc quidem Q. simul cum matre C. ambo pariter tradiderunt *propriam hereditatem suam seu quicquid habere die presente videbantur*, — ut post obitum illorum ibidem firmiter permaneret —.

47) Die in Note 45. abgedruckte Urkunde fährt so fort: Similiter in mea potestate serbo CL. soledis pro anima patris mei, dando de res nostras et C. soledis pro anima matris mee, dando XII. hominis pro anima nostra ad liberandum. — Vgl. unten Note 49.

für beide Theile auch rücksichtlich der Benutzung eine gemeinschaftliche Vermögensmasse zu bilden, oder, was immer der Zweck des zweiten Falls war, bloß den Uebergang der Güter auf den Empfänger nach dem Tode des Tradenten möglich zu machen oder zu sichern, so daß der Längstlebende sie erhielt. Es ist oben [48]) der Versuch gemacht worden, das Rechtsverhältniß der ersten Art, welches seinem nächsten Zwecke nach nicht zu den Vergabungen von Todes wegen gehört, unter eigenthümliche Grundsätze zu stellen, und darnach zu beurtheilen; hier reicht es hin, auf jene Ausführung zu verweisen. Aber die Geschäfte, bei welchen durch die Aufnahme ins Gesammteigenthum nur eine Zuwendung von Todeswegen beabsichtigt wurde, mochte dieß nun bloß von der einen Seite oder von beiden geschehen, — bedürfen noch einer näheren Erwägung.

Sie haben offenbar dasselbe Ziel, wie die Uebertragung eines Vermögens mit vorbehaltenem Nießbrauch; es steht nur zur Frage, wie es in dieser Form erreicht worden sey. Schon früher (§. 6. Note 48.) ist hierfür der Grundsatz aufgefunden worden, daß dem Tradenten die Benutzung ausschließlich blieb, der ins Gesammteigenthum Aufgenommene ihn aber in der freien Verfügung hinderte. Dieses beweisen außer der in der eben citirten Note angeführten Stelle, zwei Urkunden bei Guden. Nach der ersten [49]) ist es ausdrücklich beredet, daß selbst

---

48) §. 6. S. 81 ff.

49) Guden. cod. dipl. III. p. 33. (a. 1306.) — Nobis autem ambobus de medio sublatis pred. curia et *omnia nostra alia bona mobilia sive immobilia, que apud nos inventa fuerint*, — ad ecclesiam in A., cui jam nostra contulimus et conferimus, donavimus et donamus, libere devolventur; nec aliquis heredum no-

in dem Fall der dringenden Noth eine Veräußerung nur mit Wissen und Willen des Bedachten erlaubt seyn soll, und das Recht, eine fromme Schenkung zu machen, besonders vorbehalten; nach der zweiten [50]) aber ist eine Veräußerung im Nothfall zum voraus für ein bestimmtes Maaß Landes gestattet. — Zwar ist ausdrücklich in der letzten Urkunde, vielleicht auch in der ersten, schon der spätere Erwerb unbedingt mit in die Auflassung aufgenommen (s. unten §. 11.); aber das Festhalten an den Grundsatz des alten Rechts über die Verfügung bewährt um so mehr dessen ursprüngliche Geltung. — Die angeführten Bestimmungen über die Veräußerung sind in mancher Beziehung strenger als die Vorschriften, welche die longobardischen Gesetze und das schwäbische Landrecht über denselben Gegenstand enthielten [51]); aber sie geben insofern einen interessanten Beitrag für die früher versuchte Interpretation jener Quellen, als man sieht, daß

---

strorum de ipsis bonis nostris ex causa qualicunque usurpabit. Hoc tamen salvo, quod si dominus michi G. inspiraverit, duas marcas de rebus meis mobilibus pro salute anime mee possum in elemosinam delegare. Est eciam expressum, quod de ipsis bonis ego vel frater meus quacunque urgente necessitate alienare, distrahere vel ad manus cujuscunque convertere sine scitu ecclesie de A. et consensu non possumus nec debemus.

50) l. c. IV. p. 891. (a. 1257.) heißt es: H. et uxor sua I. se et omnia bona sua, mobilia et immobilia que nunc possident ac ea que jure hereditario seu alio quocunque modo in futurum poterunt adipisci, ob animarum suarum remedium salubriter moti, domui Theutonice consensu unanimi contulerunt. — Darauf folgt eod. p. 892. vom folgenden Jahre eine nähere Bestimmung der geschehenen Vergabung: — ita tamen, quod VIII. jugera de consensu commendatoris Moguntini, si legitima requirit necessitas, possint vendere ac per ea sue inopie subvenire. —

51) S. oben §. 9. S. 150. Note 39 und 40.

das Bedürfniß, das strenge Recht mit der Billigkeit auszugleichen, in diesem Fall auch zu besonderen Vereinbarungen führte. Das strenge Recht aber bestand, wie die mildernde Modification zeigt, in dem Aufhören jeder einseitigen Verfügung des Tradenten.

Doch ging diese Beschränkung im vollen Umfang wohl nur auf die Immobilien; an jeder einzelnen beweglichen Sache machte sich das Gesammteigenthum nicht geltend. Das ergiebt sich theils aus der Stellung, welche das Geschäft einnahm, wenn dem Tradenten nur der Nießbrauch am Vermögen blieb; denn es scheint nicht angemessen, ihm für diesen Fall eine weitere Befugniß einzuräumen, als bei dem Gesammteigenthum. Aber auch bei diesem Verhältniß blieb ja dem Schenker die Benutzung des Vermögens, wodurch ein gewisser Verkehr mit der fahrenden Habe nothwendig vorausgesetzt wird. Nur wirkte das Recht des Empfängers beschränkend ein, weswegen jede Freigebigkeit ausgeschlossen bleiben mußte. Darum ist in der einen Urkunde (s. Note 49.) ausdrücklich der Vorbehalt vom Tradenten gemacht, über eine bestimmte Summe zu frommen Zwecken verfügen zu dürfen, und als Eheleute sich gegenseitig ihr Vermögen aufließen, reservirte sich die Frau das Recht, ihre Kleider nach Belieben zu verschenken; wie in einer Aufzeichnung des kieler Rathsprotokolls [52]) vom Jahre 1266. zu lesen ist.

---

52) Es ist dieß die Handschrift, aus der Westphalen (Mon. ined. III. in praef. p. 121 und 144., ferner p. 635 — 637.) einige Auszüge geliefert hat. Sie enthält aber keine Weisthümer (s. Eichhorn, St. und RG. II. §. 277. Note a.), sondern meistens kurze Aufzeichnungen von Geschäften, die vor dem Rath oder durch ihn vorgenommen sind; nur einmal ist ein zu Lübeck verfaßtes Weisthum eingetragen: Anno MCCLXX. data est sententia in Lubeke etc. (cf. Westphal. l. c. p. 635.), denn Kiel war schon damals mit

Ego J. omnem meam substantiam, quam possideo, mee domestice A. libere resigno. Econtra ego dicta A. marito meo J. similiter meam substantiam libere resigno, exceptis meis propriis vestibus, quas excipio, et in meo sit arbitrio, cui donare voluerim.

Höchst wahrscheinlich ist diese Uebertragung von Todes wegen geschehen; denn bei den andern Beispielen desselben Geschäfts, welche die erwähnte Handschrift enthält, ist das ohne Ausnahme der Fall; kurz vor der abgedruckten ist z. B. folgende Uebergabe bemerkt:

Ego R. resigno post mortem meam uxori mee W. omnem substantiam meam et hereditatem jure hereditario possidendam. ego W. econtra marito meo R. in hunc modum sibi resigno post mortem meam jure hereditario possidendam.

und auch das alte lübsche Recht, womit Kiel bewidmet war, scheint das Geschäft nur zu diesem Zweck gekannt zu haben [53]). — Nun durfte die Frau die Kleider gewiß gebrauchen, verändern, wechseln; aber verschenken durfte sie sie nicht ohne ausdrücklichen Vorbehalt.

---

lübschem Rechte bewidmet. — Die Handschrift, auf Pergament in kleinem Quart geschrieben, enthält sehr interessante Nachrichten über den Verkehr unter den Bürgern, über die Benutzung der Stadtländereien u. s. w.; sie ist später in deutscher Sprache fortgeführt: aber nur das erste Heft ist sorgfältig aufbewahrt, die folgenden fand ich unter altem Hausgeräthe versteckt. — Der Anfang lautet: Anno domini MCCLXIV. tempore talium consulum (folgen 12 Namen) institutus est iste liber, in quo continentur computationes, ementes praedia, focos, cives proscripti, debita et cetera.

53) S. oben §. 6. Note 36.

§. 11.

Von der Vergabung eines ganzen Vermögens. (Fortsetzung).

B. Entwicklung im späteren Rechte.

Im vorigen Paragraphen ist für das ältere Recht der Satz angenommen worden, daß bei der Vergabung eines ganzen Vermögens nur diejenigen Immobilien, welche sich zur Zeit der Auflassung im Eigenthum des Tradenten befanden, den Gegenstand derselben ausmachten. Hiervon ist man später abgewichen, indem sich der Grundsatz durchbildete, daß alle nachher erworbenen Sachen, bewegliche und unbewegliche, sogleich in die Uebertragung hineingezogen werden konnten. Das erste sichere Beispiel, welches ich hiervon gefunden habe, ist vom Jahre 1249. Die betreffende Urkunde [1]) lautet:

Nos sculteus judices scabini et cives oppidi andernacensis presentibus litteris profitemur, quod E. civis andernacensis et C. uxor sua se et sua omnia mobilia et immobilia que ad presens habent vel in futurum justo acquisitionis titulo quocunque modo poterunt adipisci, pro remedio animarum suarum — hospitali A. cujus sunt fundatores coram nobis communicata manu et pari consensu solempniter contulerunt. omne jus quod in bonis suis jam habitis vel habendis habent vel habituri sunt in jus et proprietatem dicti hospitalis quiete perpetuo possidendum rite et rationabiliter transferentes. —

1) S. Günther. cod. dipl. rheno-mosell. II. No. 134.

Ob das hier bezeugte Geschäft eine Vergabung von Todes wegen war, oder eine reine Schenkung unter Lebenden, ist ungewiß; aber unzweifelhaft, daß auch zukünftige Grundstücke zugleich mit den gegenwärtigen durch eine Auflassung übertragen wurden. — Das Rechtsverhältniß stellte sich nun so, daß, während vorher für die später erworbenen Immobilien eine Wiederholung der Auflassung nöthig war, diese hier ein für allemal anticipirt wurde, und schon mit dem Erwerb jener Güter von Seiten des Tradenten in volle Wirksamkeit trat, da sie im älteren Recht dann erst überhaupt möglich wurde. Daß man sich einer solchen Fiction bewußt gewesen ist, wage ich freilich nicht zu behaupten: aber das Resultat liegt vor; und der Wunsch, dem Geschäfte eine weitere Ausdehnung zu geben, welche dessen Wesen angemessen war, konnte die Bedeutung der Auflassung in dieser besonderen Beziehung verwischen. Doch gewöhnte man sich nicht ohne Anstrengung daran, sich das Zukünftige gleichsam als gegenwärtig zu denken, wie aus der ungelenken und unbehülflichen Art zu ersehen ist, mit der man den beabsichtigten Effect des Geschäftes zu verdeutlichen strebte [2]; — ein Umstand, der wiederum darauf hindeutet, daß es sich hier nicht von der Anwendung einer bekannten und von jeher gültigen Rechtsregel handelte. — Sonst blieben

2) S. z. B. Guden. III. p. 28. (a. 1305.) Ein Geistlicher schenkt der Kirche alle seine Immobilien — et etiam ea bona que sum in posterum habiturus — ad habendum jam in presenti et recipiendum ac perpetuo possidendum —. Abdicans a me et transferens in eosdem et eorum ecclesiam ex nunc omne jus quod michi in dictis bonis hactenus competebat vel adhuc competere poterit quoquomodo; ponendo et mittendo eos in possessionem corporalem bonorum omnium predictorum litteras per presentes.

im allgemeinen die im vorigen Paragraphen entwickelten Grundsätze bestehen; namentlich kommt auch trotz dieser Ausdehnung des Gegenstandes der Vergabung ein Beispiel vor, daß der Tradent sich den Nießbrauch am Vermögen vorbehielt [3]), und eine Veräußerung konnte nur mit Genehmigung des Bedachten geschehen [4]).

Wenn man nun die Vergabungen von Todes wegen, deren Gegenstand ein ganzes Vermögen war, in der Beschaffenheit, welche sie nach der vorher versuchten Entwicklung hatten, aufmerksam prüft; so erscheinen sie allerdings mit einer gewissen Strenge und Unbequemlichkeit behaftet. Denn um eine Zuwendung zu beschaffen, deren Zweck es war, erst nach dem Tode des Freigebigen und wo möglich ohne dessen Belästigung in Wirksamkeit zu treten; wurde er schon während seines Lebens in der Ausübung der wichtigsten Vermögensrechte gehindert, oder wenigstens dabei von der willkührlichen Zustimmung eines andern abhängig gemacht. Es scheint kaum denkbar, daß jemand, bloß um einem andern eine Freigebigkeit zu erweisen, sich in eine solche Lage versetzt haben sollte; und wie mußte der Verkehr darunter leiden! — Dieß sind auch in der That die Gründe, welche Pätz [5]) bestimmt haben, nur den Nachlaß als den Gegenstand der Vergabung anzunehmen. Aber er übersah doch nicht, wie sehr

3) Guden. IV. p. 976. (a. 1296.) — omnia bona sua, mobilia et immobilia, que in presenciarum habet, et que dante domino est in posterum habiturus, dedit et donavit et se dedisse recognovit donatione simplici inter vivos, domui .... supradicte; *retento sibi usufructu quoad vixerit in rebus omnibus et singulis supradictis.*

4) S. §. 10. Note 50.

5) In der, §. 10. Note 37. citirten Schrift p. 19.

die von ihm bekämpfte Meinung dem eigenthümlichen Wesen des deutschen Rechts entsprach (s. a. a. O. Note 25.); und in der That, wenn man bedenkt, daß regelmäßig keine Wahl frei stand zwischen der strengen und einer bequemeren Form, und daß überhaupt das Geschäft, auf Zuneigung und Vertrauen beruhend, in der Wirklichkeit viel von der rechtlichen Strenge verloren haben wird: so verschwinden die Zweifel, welche überdieß nicht vor dem klaren Zeugniß der Quellen bestehen können. Ein Mann freilich, rüstig und im vollen Verkehr, wird sich, wenn nicht ganz besondere Umstände vorlagen, gehütet haben, so sich zu binden; aber wie viele Menschen giebt es, die sich am ruhigen Genuß ihres Vermögens erfreuen, — und auf jeden Fall ließ doch eine solche Vergabung noch eine viel größere Freiheit bei dem Tradenten, als die so häufige Uebertragung des Vermögens gegen lebenslänglichen Unterhalt.

Das läßt sich jedoch zugeben, daß das deutsche Recht, in freier ungehemmter Bewegung sich entwickelnd, auch abgesehen von anderen Instituten (s. unten §. 15. und 16.), für das oben behandelte ein bequemeres Aeußere würde gefunden haben: eine solche Fortbildung mußte die nothwendige Folge seyn von der Auflockerung der Bande, welche das Vermögen bei der Familie hielten, und überhaupt von der freieren Bewegung im Verkehr. Aber gerade in der Zeit, als das einheimische Recht auf dem Punkte stand, eine freiere Gestalt anzunehmen, machte sich das römische Recht, in welchem ein ganz anderes Princip die Zuwendungen auf den Todesfall beherrscht, geltend; es führte zu den testamentarischen Dispositionen, und rief zum Theil durch den Gegensatz, welchen die gelehrten Juristen zu finden meinten, die Lehre von den Erbverträgen hervor.

Zwar blieben in einigen Gegenden die deutschrechtlichen Vergabungen lange in Kraft [6]; aber sie unterlagen doch denen des fremden Rechts, weil sich kein zeitgemäßer Fortschritt zeigte, was wiederum darin seinen Grund hatte, daß die altgermanische Gerichtsverfassung gesprengt wurde. Nur in der Sphäre des sächsischen, namentlich des magdeburgischen Schöffengerichts zeigte sich das Bestreben und die Fähigkeit, das einheimische Institut auf eine seinem Wesen entsprechende Weise fortzubilden; und wenn auch diese Erscheinung später in der allgemeinen Ueberschwemmung des fremden Rechts untergegangen ist, so bleibt sie doch in der Geschichte des nationalen Rechts ein interessantes Zeichen von dessen selbständiger Entwicklung. — Der sächsische Volksstamm hat in seinen Schöffencollegien, auf eine für die Dauer berechnete Weise organisirt [7], und durch eine ehrenwerthe Gesinnung gehoben [8], seine alte Kraft und Tüchtigkeit bewährt. Die Urtheile und Weisthümer, welche aufgezeichnet sind, zeigen das deutlich. Denn obgleich auch hier Einzelnes vom gemeinen Recht früh eindrang [9]; so ist doch im allgemeinen die selbständige Haltung nicht zu verkennen. Dieses war namentlich auch der Fall bei den Zuwendungen von Todes wegen. Die Vorschriften des geistlichen Rechts wurden ganz ent-

---

6) Zum Theil bis ins sechszehnte Jahrhundert hinein. S. die §. 6. Note 47. abgedruckten Stellen, und die Urkunden bei Bodmann, rheingauische Alterth. Abth. II. S. 646. ff.

7) S. Sächs. Weichbild. Art. 42.

8) Vgl. Gaupp, das alte magdeb. und hallische Recht. S. 174.

9) Vgl. Schöffenweisth. hinter Zobel's Sachssp. I. 7, 14., wo die alte Parentelordnung wohl durch das römische Recht (nov. 118. c. 2.) gesprengt ist; und a. a. O. I. 14, 9., wo die legitimatio per principem und per subsequens matrimonium anerkannt ist.

schieden verworfen [10]; aber vielleicht belehrt durch die größere Bequemlichkeit derselben, fand man Mittel zur Fortbildung der einheimischen Institute.

Die Vergabung eines ganzen Vermögens hatte schon dadurch um Vieles an Umfang und Bedeutung gewonnen, daß die später etwa erworbenen Immobilien sogleich in die Auflassung mit begriffen werden konnten; denn wenn auch eine solche Vergrößerung des Vermögens eben nicht häufig eingetreten seyn wird, so lag doch in der erwähnten Berücksichtigung desselben eine Erweiterung jenes Geschäftes. Aehnlich wirkte die Form, welche man gefunden hatte, um Mobilien auf den Todesfall zuzuwenden. Zwar kannte auch das ältere Recht eine Uebertragung derselben zugleich mit den Grundstücken als Bestandtheil des Vermögens; aber jenes neue Institut gab doch die Veranlassung zur leichteren Handhabung eines solchen Geschäftes. Denn man konnte nun, von den feineren Beziehungen, welche jener Zuwendung der fahrenden Habe zum Grunde lagen, absehend, die Gerichtlichkeit des Gelübdes fest halten, mit diesem die Vereinbarung, welche der Auflassung vorher ging, zusammenfassen, und dann sogleich den genannten Act vornehmen. Auf diese Weise läßt sich für die spätere Zeit die Vergabung des ganzen Vermögens durch die Auf-

10) Schöffenurth. in (Böhme's) dipl. Beiträgen VI. p. 140. 5. Es fragte sich, ob eine Zuwendung gültig sey, „bestetigeth mit uffinbarn schreibern und seinen instrumenthen und mit geczeugin, alzo sete und recht ist in geistlichim rechte.“ — Das Urtheil lautet: Was der tote bei seime lebinden leibe seinis gutis seime gesellen in seine gewere geantwort hot, das mag her behaldin. hot abir der tote icht steendis eigens gelossin unde farnde habe, die in selbir gewere bestorbin ist und unvorgebin vor gehegter banck. das gehorit seinen nehisten erbnemen von rechtis wegen. — eod. p. 156. 2. — Vgl. unter §. 14.

lassung erklären, ohne auf die Pertinenzqualität der fahrenden Habe Rücksicht zu nehmen. Denn das ganze Vermögen als eine Masse gedacht wurde noch nicht so übertragen; man unterschied vielmehr die einzelnen Bestandtheile, und zwar nicht bloß Mobilien und Immobilien: nach dem kulmer Recht [11]) waren z. B. nur diejenigen Güter Gegenstand einer solchen Vergabung, welche sich im Umkreis des Gerichts befanden, wo die Auflassung geschah, (eine Bestimmung, welche an Strenge das alte Recht übertreffend, noch deutlich den vorherrschenden Einfluß der einzelnen Immobilien zeigt, aber auch von einem späteren Schöffenurtheil nicht mehr anerkannt ist [12])); und auch Lehngüter wurden dem Bedachten abgesprochen, weil die Einwilligung des Lehnsherrn in die Zuwendung gefehlt hatte [13]).

---

11) Kulm. Recht. IV. 20. Trit ein Burgir adir ein andir man vor Richter und vor Scheppen in gehegit ding in uwir Stat gerichte, und gebit und vorreicht sinem Bruder und sinen geerben allis das gut, dz her hät adir immer gewinnet, is si an erbe adir an varender habe noch sime tode ʒu tune und ʒu lassene. — — dise gift ʒuhet sich alleine ʒu dem Erbe und ʒu dem gute, das in der Stat gerichte ist gelegen.

12) Das §. 8. Note 6. abgedruckte Schöffenurth. fährt so fort: — und nun auch B's weib verschieden. so folgen dieselbigen güter, so sie gehabt, an hauss, hoff und zinse, die widerkaufflich und nicht erblich sein, obgleich dieselbigen zinse in andern gerichten gelegen weren, denn da die übergabe und aufflassung geschehen were, B. billicher und mit mehrem rechte, denn das die freunde solches mit recht gewiedern oder gewehren mögen.

13) Schöffenurth. hinter Zobel's sächs. Weichb. Bl. 125. 3. Dieweil auch ewer Bruder seliger in zeit seines lebens ohne stab auffs rathaus gegangen und hat daselbst vor gericht sein haus und alle farende habe darin — und auch sonst was er immerhin gewinnen

Es ist überhaupt kein Grund vorhanden, welcher zu der Annahme berechtigen könnte, daß die Vergabung eines ganzen Vermögens, wie sie nach den angegebenen Momenten im sächsischen Rechte vorlag, unter Grundsätzen gestanden habe, welche dem Bedachten mehr Freiheit in der Verfügung über seine Güter gelassen, als es nach dem älteren Rechte der Fall war. Aber um hierin eine Aenderung zu bewirken, bediente man sich eines Mittels, welches schon im longobardischen Rechte zu demselben Zwecke angewandt worden ist [14]). Bei der Uebergabe reservirte sich nämlich der Tradent die Befugniß, frei über die übertragenen Güter zu verfügen. Dieser Vorbehalt ist schon früher bei der Vergabung von Immobilien erwähnt worden (s. oben §. 9. Note 35.); auch bei der von Mobilien kam er vor [15]); von der größten Wichtigkeit aber

---

würde, seinem eheweib gegeben und aufgelassen, so ist solche gabe zu recht genugsam bestendig. Es hat auch die frau nach absterben ihres mannes krafft solcher gabe das getreidigt ausserhalb dem stadtgericht erworben und gewachsen, als farende habe in ihre gewehre wohl nemen mögen — —. Aber so viel die scheune und garten belangete, dieweil erscheinet, das die angezogene gabe — — ohne wissen unnd volwort des lehenherrn, darunter die scheune und garten gelegen, geschehen, so ist auch solche gabe, so ferne sich die auff unbewegliche güter erstreckt, unkrefftich. Die farende haab aber hat ewer bruder ohne wissen des lehenherrn seinem weibe wol geben mögen.

14) S. oben §. 8. Note 44. 46 und 47.

15) Kulm. Recht. IV. 21. Gebit und vorreicht ein man in gehegetem dinge, vor Richter und vor Scheppen eime siner kindir hundirt mark in alle sin gut vor us ƶu nemen vor andirn kindern, noch sime tode ƶu tune und zu lassene, diwile her abir lebit, so wil her selbir gewaldig sin des gutes, und domitte tun und lassen. Und wirt di gabe nicht vorwandilt und vorrucket, so sal di gabe bliben, und hat craft und

war er, wenn das ganze Vermögen den Gegenstand der Zuwendung ausmachte. In den beiden ersten Fällen konnte der Zweck einer solchen Beschränkung nur dahin gehen, die Befugniß zum einseitigen Widerruf der Vergabung zu erlangen: bei der fahrenden Habe versteht sich das von selbst, aber auch bei den Immobilien lag in der Veräußerung der tradirten Sache ein solcher Widerruf. Anders verhielt es sich aber bei der Vergabung eines ganzen Vermögens: zwar fehlte auch hier nicht die eben erwähnte Wirkung des Vorbehalts, wie sogleich bewiesen werden soll; aber außerdem wurde dadurch dem Tradenten die Befugniß gegeben, über jede einzelne Sache zu verfügen, so daß jetzt in der That das Vermögen als eine Masse gedacht Gegenstand der Uebertragung war, indem nur der Nachlaß auf den Bedachten überging.

Kulm. Recht. IV. 22. Gebit und vorreicht ein Burger vor Richter und vor Scheppen in gehegetem dinge sime Wibe und sinen kindern alle sin gut und Erbe, noch sime tode tzu tune und tzu lassene. diwile her abir lebet, das her selbir domitte wil tun und lassen. Und was denne der Burger gutes noch sime tode gelassen hat, das sal di mutir und di kinder glich teiln noch Personen tzal.

Daß ein solcher Erfolg nur durch diese Beschränkung der

---

macht — —. — Schöffenurth. hinter Zobel's Sachssp. I. 11, 3. Ein Mann hat seiner Frau zehn Mark zu Morgengabe ausgelobt vor Gericht; später aber ohne ihr Wissen statt der zehn Mark nur fünf. Die Schöffen sprechen der Frau die zehn Mark zu, wenn „der man der frauen die zehen marck zu morgengab gegeben sonder unterschied, und er ihm daran keine gewalt behalten hat in gehegtem dinge. — Vgl. Albrecht a. a. O. S. 208. Note 508.

Vergabung erreicht werden konnte, zeigt deutlich, daß ohne dieselbe die strengen Grundsätze des alten Rechts walten mußten, welche eben durch sie aufs Beste bestätigt werden.

Nachdem das Geschäft bis auf diesen Punkt gelangt war, scheint es nur die Rechte des Erben auf den Bedachten übertragen zu haben. Aber während früher diese Ansicht durch die Ausführung bekämpft wurde, daß dem Erben weniger Rechte zustanden, als dem von Todes wegen Begabten [16]; so liegt hier gerade der umgekehrte Fall vor. Denn in den Rechten, welche die Quelle dieser Untersuchung ausmachen, war die Veräußerung des Erbguts an die Einwilligung der Erben gebunden: es ist aber nirgends gesagt, daß diese Befugniß dem Bedachten zugestanden habe, rücksichtlich dessen ja überhaupt kein Erbgut existirte; das übertragene Vermögen wurde vielmehr nach einem Statut [17], welches nicht einmal die hier behandelte Ausdehnung des Geschäftes kennt, wohlgewonnenes Gut. Darum kann überhaupt jene Gleichstellung nur passen, insofern kein Erbgut einen Theil des Vermögens ausmachte, worein der Erbe succedirte. Dieser allgemeine Grund spricht schon gegen die Statthaftigkeit derselben; aber auch die Quellen sind ihr geradezu entgegen. An einer Stelle des kulmer Rechts [18] wird dem „vorgeben

16) S. oben §. 5. §. 6. S. 94. §. 8. S. 119. ff.

17) Altes lübsch. Recht. Art. 59. S. oben §. 6. Note 36.

18) Kulm. Recht. IV. 20. S. oben Note 11., wo die Stelle abgedruckt ist, deren Fortsetzung so lautet: „Sturbe darnoch der Burger, und lisse erbe und zins und gut hinder sich büssen der Stat gerichte, alse uffe dem lande adir in andirn Steten, das ist ouch nicht mit diser gift vorgeben, sundir is erbit uf sinen Brudir.“ — Dem Bruder war aber auch die Zuwendung gemacht worden.

mit Gift" das „erben" ausdrücklich entgegengestellt, und ein Schöffenurtheil [19]), welches hier seinen Platz finden mag, enthält darüber eine interessante Erörterung.

Ein man ist komen vor gehegeth ding mit wolbedachten mute und hot do seinem elichen weibe uffgegebin di helfte alle seinis gutis und erbis, is sey bewegelich und unbewegelich, das her nu hette adir hernochmols hoben worde, das her das erblich und frei an alle seinir nebisten frunde wedirsproche noch seime tode folgin unde bleibin. Doch behilth her im di hirschaft unde macht seines erbes und gutes di weile her lebete. dornoch gab man im ein haus uff vor gehegtim dinge, das her gekouft hatte, im seinen erbin und elichen nachkomelingen frei und erblich czu habin unde czu besitczen. Der man ist tot. Nu sprechin des totin mannis frunde, di frawe habe an dem hausze nicht teilis, dorumme das im der tote man ausgenomen hatte hirschaft und macht, di weile her lebete, und sedir molis im und seinen erbin und elichin nochkomelingin das haus vor gehegtim dinge uffgegebin ist. — Nu spricht die frawe: Mein man hot mich vor gehegtim dinge einen erbeling gemacht noch meinir brife laut und her hot mir das nicht gebrochin domethe, das her im und seinen erben und elichin nochkomelingin das haus hot lossin uffgebin. wenne ich denne sein gemachtir erbeling und bestetiget bin, und her mit der macht, di her im behilth, seinis erbis und gutis nicht weg gegebin hot, alzo obene stehit, noch mich der irstin gobin nicht machtlos ge-

19) Schöffenurth. in (Böhme's) dipl. Beiträgen VI. p. 151. 4.

macht hot [20]. so vorsehe ich mich recht darczu, der helfte czu habin des hauses. — Bethe wir ewir undirweisunge noch desin vorgeschrebin wortin, ab des totin mannis gobe bestehin sulle und der frawen di helfte des hauses bleibin sulle.

(Urtheil.) Noch dememole der man hirschaft seinis gutis behilt, do her seine frawe begobete, hot her dornochmals das haus im und seinen erbin und elichin nochkomelingin gekouft und alzo vor gerichte entpfangin hot. so hot di frawe nicht teilis an dem hause, noch demol di frawe in dem hause und entphounge vorswegin ist. —

Diese Stelle wird durch ein anderes Schöffenurtheil [21]) erklärt, nach welchem bei der Auflassung eines Grundstückes der Empfänger diesen Act sogleich auf andere benannte Personen richten lassen konnte, die dadurch ein gesichertes Recht an der Sache erlangten. Ein solcher Fall lag hier vor; die Frau stützte ihren Anspruch darauf, daß sie durch die Vergabung Erbrecht erhalten habe, und die Erben auf die angegebene Art bei der Auflassung genannt waren: das Gericht aber entschied gegen sie, rechnete sie also nicht zu den Erben. Wenn nun auch die Deduction der Frau darauf hinweisen konnte, wie sehr sich die Begriffe von der Stellung des Erben und des

20) In diesem Satze liegt der Beweis, daß jener Vorbehalt auch zum Widerruf der Vergabung eines ganzen Vermögens berechtigte. S. unten Note 23.

21) Schöffenurth. hinter Zobel's Sachssp. l. 6, 7. — „Ob der man nu sein gekaufft erb wieder verkauffen möge sonder der gelob und willen, die damit in gehegtem ding in des erbes emphahung benant und bestetigt sein?" — Die Schöffen sagen, er dürfe es nicht.

durch die Vergabung eines ganzen Vermögens (oder einer Quote) Bedachten schon in der Meinung des Volkes zu verwischen anfingen; so zeigt doch das Urtheil deutlich die Unrichtigkeit dieser Ansicht.

Uebrigens gingen bei dem durch den erwähnten Vorbehalt modificirten Geschäfte die Schulden des Tradenten auf den Bedachten über [22]; und wenn dieser vor jenem starb, so folgten seine (des Bedachten) Erben in sein Recht. Ueber diese Wirkung der Vergabung, welche ihrem ursprünglichen Princip ganz angemessen ist, scheint mir folgende Stelle [23]) keinen Zweifel übrig zu lassen.

Ob ein man bei gesundem leibe sein gut hinweg gebe vor gehegtem dinge, das er zu geben hat, und doch derselbigen gabe ihm die herrschaft behielt zu seinem leib. stirbt der geber und die gab bleibet unwiederruffen, so hat die gabe krafft und macht. stirbt aber der begabt man, es erbt auf seinen nechsten.

Nach der natürlichen Construction muß der letzte Satz auf das Subject des vorhergehenden, welches der begabte Mann ist, bezogen werden. — An einer Stelle wird auch ausdrücklich die Vergabung mit auf die Erben gestellt [24]).

---

22) Der Schluß der, Note 18. abgebrochenen Stelle lautet: „Hat abir der Brudir selber schult gemachet, do her lebete, di ist mit der vorgeschrebenen gift vorgeben, und bleiben und volgen deme Brudir und sinen geerben, alse di gift uswiset." — Dem entspricht auch die Bestimmung des dithmarsischen Landrechts von 1447. Art. 210. (in Westphalen. mon. ined. III. p. 1731. sqq.): Effte en Man storve unde habde sinen Wife belaten all sin Gud to der Lifedinghe. so schall se sine Schuld betalen und schall sinen Acker liggen laten unvörkoffte unde schall den Hövet-stoel staen laten unde schall de Rente utegeven.

23) S. Schöffenweisth. hinter Zobel's Sachssp. I. 12, 4.

24) S. oben Note 11.

§. 12.

Jmmer rückf. St. Alt. I. 420

Von den Vergabungen des Ehemanns an die Frau: Dos, Witthum, Morgengabe.

Das Güterrecht der Ehegatten hat in allen Perioden des deutschen Rechts entweder durch gewisse rechtliche Folgen der Ehe, welche unmittelbar aus dem Gesetze entsprangen, oder durch besondere Rechtsgeschäfte seine Richtung und Bestimmung erhalten. Von diesen Geschäften sind diejenigen hier näher zu betrachten, welche in irgend einer Beziehung zu den Vergabungen von Todes wegen standen; doch konnten die Vergabungen der Eheleute durch die gegenseitige Auflassung ihres Vermögens schon früher [1]) erörtert werden, weil ihnen im wesentlichen nichts Eigenthümliches unterlag. — Die hier beabsichtigte Untersuchung zerfällt ihrem Gegenstande nach in zwei Theile, indem sie sich an die Betrachtung der Dos und Morgengabe anlehnt.

I. Fast nach allen alten Volksrechten, mit denen Tacitus [2]) übereinstimmt, erhält die Frau einen Theil von

---

1) S. oben §. 6. S. 84. ff. — §. 10. S. 183.

2) Tacit. Germ. c. 18. — Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. intersunt parentes et propinqui, ac munera probant. munera non ad delicias muliebres quaesita, nec quibus nova nupta comatur; sed boves et frenatum equum et scutum cum framea gladioque. In haec munera uxor accipitur; atque invicem ipsa armorum aliquid viro affert. hoc maxumum vinculum, haec arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur. — — hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant. sic vivendum, sic pereundum: accipere se, quae liberis inviolata ac digna reddat, quae nurus accipiant rursusque ad nepotes referant.

den Gütern des Mannes, welcher Dos genannt wird. Diese Dos hält Grimm [3]) für den Kaufpreis, um welchen der Bräutigam in ältester Zeit die Braut erwarb; aber seiner Vermuthung kann ich nicht unbedingt beitreten. Denn man sieht aus den alten Volksrechten, daß getrennt von der Dos der Frau, eine Zahlung an den, welcher sie in seinem Mundium hatte, vor Eingehung der Ehe zu leisten war. So mußte der Freier nach salischem Rechte für die Wittwe drei Schilling und einen Pfennig bezahlen [4]). — Bei den Burgundern behielt die Frau, wenn sie zur zweiten Ehe schritt, den Nießbrauch an der Dos, und ihr Sohn das Eigenthum [5]); das Wittemon aber fiel stets an den Inhaber des Mundium, und zwar, wenn der Vater in die Ehe nicht eingewilligt hatte, an diesen zum dreifachen Belauf mit einer Buße [6]); wenn er die Zahlung desselben erlassen hatte, an den nächsten Agnaten, welcher jedoch der Braut den dritten Schilling zu ihrem Putze herausgeben mußte [7]); und endlich, wenn die

---

3) Rechtsalterth. S. 423. ff.

4) L. salica tit. 47. De reipus. — Der Preis für die Jungfrau wird höher gewesen seyn; vgl. L. L. Rotharis. 182. —

5) L. Burgund. tit. 62. cf. eod. tit. 42.

6) eod. addit. I. tit. 14.

7) eod. tit. 86. 1. Si paterfamilias dimittat heredam, (*al. Si pater filiis dimittat malam heredam*) si vivus dare voluerit, cui voluerit donet, postea ad filias suas, si ille dederit, nemo requirat. 2. De wittemon vero si demandaverit pater ut non quaeratur, demandatio ejus non valeat, sed sicut lex alia expressit, proximus parens accipiat. 3. Ita ut de eo quod acceperit, tertium solidum in ornamentis puella accipiat. — Der Zusammenhang der ganzen Stelle deutet wohl darauf hin, daß die im zweiten §. erwähnte Verfügung des Vaters von ihm für die Zeit nach seinem Tode gemacht war. — Vgl. oben S. 1. ff.

Wittwe zur zweiten Ehe schritt, an die Agnaten des verstorbenen Mannes [8]). — Nach dem sächsischen Rechte mußte der Freier den Kaufpreis an die Verwandten der Braut bezahlen [9]), der Frau wurde aber die Dos zu Leibzuchtsrecht bestellt [10]). — Auch bei den Longobarden, wo die Dos als Meta (Methium) erscheint, ist es unzweifelhaft, daß, wer das Mundium hatte, etwas für die Frau empfing: denn die Wittwe mußte durch ihren Vater oder Bruder von den Verwandten des verstorbenen Mannes wieder gelöst werden [11]). — Diese Stellen führen zu der Annahme, daß auch im westgothischen Gesetzbuch das Pretium und die Dos nicht gleichbedeutend sind [12]).

Vielleicht läßt sich Grimm's Ansicht dahin modificiren, daß der alte Kaufpreis ursprünglich zwischen der Frau und demjenigen, welcher sie in seinem Mundium hatte, getheilt worden ist. Man könnte schon geneigt seyn, die Sachen, welche Tacitus als Gegenstand der Dos nennt, nach diesem Gesichtspunkte zu scheiden, und etwa die Rinder der Frau zuzusprechen. Aber der Schluß der oben citirten Stelle: accipere se etc. deutet auf eine fortgeführte Untersuchung des großen Beobachters hin, und

---

8) eod. tit. 69. 1. Mulier quae ad secundas nuptias traditur, wittemon ejus a prioribus (*prioris*?) parentibus mariti vindicetur. 2. Si vero tertium maritum accipere deliberat, wittemon quod maritus dederit, mulieri proficiat. — Die Ausnahme im zweiten §. bestätigt die im Texte aufgestellte Regel.

9) L. Saxon. tit. 6.

10) eod. tit. 8.

11) L. L. Rotharis. 182. 183. 199.

12) S. L. Wisigoth. lib. III. tit. 1. c. 5. und 6. vgl. mit lib. III. tit. 4. c. 2.

steht dieser Interpretation entgegen: denn wenn man ihn auch des Irrthums zeihen darf, weil er den Kauf bei der Ehe übersah; so fällt damit noch nicht jede andere Nachricht, welche damit in Verbindung zu stehen scheint [13]. — Im longobardischen Recht finden sich aber sichere Spuren, daß die Meta ursprünglich so getheilt worden ist. Denn für das Mundium der Frau wurde etwas bezahlt (s. oben Note 11.); dennoch erhielt nach dem Edict des Rotharis der Bräutigam nur die Meta zurück, wenn die Ehe nicht zu Stande gekommen war [14]; und in keinem Gesetze dieses Königs ist es ausdrücklich gesagt, daß die Meta, wenn die Ehe vollzogen wurde, allein an die Frau fiel [15]. — Als nun im späteren Rechte die Idee des Kaufes bei der Ehe nicht mehr durchgeführt wurde, so verlor sich nach und nach der Anspruch auf den Mundschatz, während das Recht der Frau an der Dos sich immer mehr ausbildete; doch finden sich bei den einzelnen Stämmen auch rücksichtlich der Zeit, in welcher diese Veränderungen vorgingen, große Abweichungen. Die Sponsalien per solidum et denarium, welche in den fränkischen Urkunden und Formeln vorkommen, haben wohl schon eine bloß symbolische Bedeutung [16], und die longobardische Meta kommt, wie sich weiter unten ergeben wird, in den späteren Gesetzen allein der Frau zu Gute.

---

13) Die symbolische Bedeutung, welche Tacitus in die Dos legt, ist freilich sehr bedenklich; s. Grimm a. a. O. S. 427. ff.

14) S. L. L. Rotharis. 216. vgl. eod. 183.

15) Diese Bemerkung über das longobardische Recht verdanke ich einer Mittheilung des Herrn Professor Kraut in Göttingen, welcher denselben Gegenstand in seinem Buch über die Vormundschaft weitläuftiger untersuchen wird.

16) S. Grimm. a. a. O. S. 424. ff.

In welchem Verhältniß aber auch die Dos zum Kaufpreis gestanden haben mag, — gewiß ist, daß sie sich als ein Gewinn der Frau aus der Ehe darstellt. Sie konnte ihr ausdrücklich bestellt werden; nach einigen Volksrechten kam ihr aber gesetzlich nach dem Tode des Mannes eine bestimmte Summe zu, dos legitima genannt. Beide Arten, die bestellte und gesetzliche Dos, verhielten sich so zu einander, daß diese als Ersatz eintrat, wenn jene fehlte. Dafür spricht ganz entschieden:

L. Ripuar. tit. 37. De dotibus mulierum. 1. Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat. 2. *Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit*, si virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat et tertiam partem de omni re, quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare [17]) —.

Die betreffende Stelle des alemannischen Gesetzes ist nicht so klar.

L. Alaman. tit. 55. 1. Si quis liber mortuus fuerit, et reliquit uxorem sine filiis aut filiabus, et de illa hereditate exire voluerit, nubere sibi alio coaequali, *sequatur eam dotis legitima et quicquid parentes ejus ei legitime placitaverint*, et quicquid de sede paterna secum adtulit, omnia in potestate habeat auferendi, quod non manducavit aut non vendidit. 2. Dotis legitima autem quadraginta solidis constat, aut in auro aut in argento aut in mancipiis aut in qualicunque re quam habet ad dandum.

---

17) Der dritte Theil der Errungenschaft muß hier als portio statutaria angesehen werden, und nicht als Dos, wie es von Grimm geschieht, RA. S. 429.

Es ließe sich denken, daß hier ein Maximum der Dos gesetzlich festgestellt sey, wie bei den Westgothen[18]) und Longobarden[19]). Aber dann wäre der Satz: et quicquid parentes etc. unverständlich, weil das so Bedungene doch auch als Dos gelten mußte. Wenn man aber bedenkt, daß die Braut nicht selbst contrahirte, sondern für sie der Vormund (Vater u. s. w.), so darf man wohl annehmen, daß hier derselbe Gegensatz ausgedrückt ist, wie im ripuarischen Recht, und die gesetzliche Dos nur als fortbestehend gedacht ist, weil die bestellte, wenn sie eine Bedeutung haben sollte, jene an Umfang übertreffen mußte. In dem letzten Satz: quam habet ad dandum, ist dann der Erbe des verstorbenen Mannes das Subject, und der erste Paragraph des folgenden Titels[20]) bezieht sich nur auf die bestellte Dos, — wenn man nicht etwa annehmen will, daß der Erbe die Ehe in Abrede stellte, und darauf der Beweis der Frau ging. — Vom bairischen Gesetze gehört hierher:

L. Bajuv. tit. VII. c. 14. 1. Si quis liber liberam uxorem suam sine aliquo vitio per invidiam dimiserit, cum quadraginta et octo solidis componat parentibus. 2. Mulieri autem dotem suam secundum genealogiam suam solvat legitime.

eod. tit. XIV. c. 7. De secundis nuptiis. 2. Mater vero si habet proprias res, et cum dote sua, quam per legem habet, egrediatur.

---

18) L. Wisigoth. lib. III. tit. 1. c. 5.

19) L. L. Liutprand. VI. 35.

20) L. Alam. tit. 56. 1. Si autem proximus mariti defuncti contradicere ipsam dotem illi mulieri voluerit quod lex non est, illa sequatur cum sacramento cum nominatis quinque aut cum spata tracta pugna duorum. —

Hier scheint nur die gesetzliche Dos anerkannt zu seyn, welche nach dem Geschlechte, wozu die Frau gehörte, verschieden war; aber in bairischen Urkunden finden sich schon früh Beispiele, daß der Mann seiner Frau Grundstücke übertrug „pro justitia illius", d. h. statt der gesetzlichen Dos [21]. Für diese Erklärung spricht der Umstand, daß auch nach alten alemannischen Diplomen Grundstücke zur Dos gegeben sind [22].

Die gesetzliche Dos bestand, auch wohl bei den Baiern, in einer bestimmten Geldsumme oder in Sachen zu deren Belauf; mit der vertragsmäßigen wird es sich ursprünglich ebenso verhalten haben: Tacitus nennt als ihren Gegenstand Hausthiere und Waffen, die gewöhnlichen Tauschmittel des Alterthums; und wenn man auf die Bedeutung des Kaufpreises zurückgehen darf, so bleibt darüber kein Zweifel. Aber die Stellung, welche die Dos später einnahm, mußte hierin eine Veränderung hervorbringen, und namentlich mit Rücksicht auf die Sicherheit der Frau die Uebertragung von Grundstücken wünschenswerth machen. Schon bei Gregor von Tours [23] kommen

---

21) S. Meichelb. hist. fr. I. pars instr. No. 226. (c. a. 800.) Ego S. tradedi propriam hereditatem — ad H. duas partes, *tertia pars dedi uxori meae pro justitia illius.* Idcirco illas duas partes tradedi ad S. M. — — eod. Nr. 550. (a. 831.) — mater ejus *omne, quod ad justitiam propriam de marito accepit*, totum ex integro filio suo R. condonavit, et firmiter tradidit.

22) Neugart. I. No. 554. (a. 885.) Ego R. trado — — unam hobam plenam statim post obitum meum, reliquas quoque duas, hoc est *dotem uxoris filii mei* — post obitum ejus — —. eod. No. 597. (a. 890.) Eine Frau tradirt Grundstücke, quae mihi vir meus P. in dotem dedit.

23) S. Histor. Franc. IX. 20. De civitatibus vero, — quas Gailesvindam germanam domnae Brunichildis tam in dote quam in

Städte als Gegenstand einer fürstlichen Dos vor, und die ältesten Formeln und Urkunden kennen als solchen überhaupt nur Grundstücke. Auch die Volksrechte stimmen hiermit zum Theil überein. Wenn nach dem burgundischen Gesetze die Frau zur zweiten Ehe schreitet, so behält sie den Nießbrauch an der Dos, ihrem Sohne bleibt aber das Eigenthum [24]); in dem sächsischen Gesetze ist das Rechtsverhältniß ähnlich bestimmt, indem die Frau die Dos regelmäßig nur zu Leibzucht erhält [25]): eine solche Scheidung der im Eigenthum liegenden Rechte konnte aber sicher nur bei Immobilien durchgeführt werden. — In den späteren longobardischen Gesetzen, welche ein Maximum für die Meta festgestellt haben, ist bestimmt, daß vor der Uebertragung derselben eine Schätzung geschehen solle [26]); daraus sieht man schon, daß die Meta regelmäßig nicht in Geld bestand, und eine Formel, welche sich auf das angeführte Gesetz bezieht, zeigt, daß Grundstücke ihr Gegenstand zu seyn pflegten [27]).

---

morganegiba, hoc est, matutinali dono, in Franciam venientem certum est acquisisse —. Die Stelle ist aus dem Vertrage zwischen den Königen Guntramn und Childebert vom Jahre 587. S. Baluz. capitt. I. p. 11.

24) L. Burgund. tit. 62. 2. — dote tamen sua quam a marito suo acceperat, quamdiu vixerit, utatur, filio proprietate servata.

25) L. Saxon. tit. 8. S. unten S. 207.

26) L. L. Liutprand. VI. 35. Si quis conjugi suae metam dare voluerit, ita nobis justum esse comparuit, ut ille qui est judex, dare debeat, si voluerit, solid. CCCC., amplius non, minus quomodo placuerit. Reliqui nobiles homines debeant solid. CCC., amplius non. Et si quiscumque alter homo minus dare voluerit, det quomodo convenit. *et ipsa meta sub aestimatione fiat data et appretiata*, ut nullo tempore exinde intentiones aut causationes procedant.

27) Form. M. insimul cum P. tuo tutore te appellat J.,

Von der Beschaffenheit der Sachen, welche zur Dos ausgesetzt wurden, hing das Verfahren bei der Bestellung derselben ab. Bei dem Verlöbniß wurde ihre Größe verabredet, und von dem Bräutigam versprochen, die für die Uebertragung nöthige Form später zu beschaffen. Diese vorläufige Uebereinkunft ist in den Volksrechten [28]), Formeln [29]) und Urkunden [30]) gleichmäßig bezeichnet; ihr folgte dann, meistens nach der Hochzeit, die Uebertragung [31]), welche für Grundstücke in der Auflassung bestand [32]), worüber eine Urkunde aufgenommen zu werden pflegte. Auf eine solche Urkunde, welche jedoch nicht mit

---

quod tu ei malo ordine tenes terram tali in loco positam. „Terra, quam dicit, esse suam propriam cartam, quam vir ejus fecit sibi etc.

28) L. L. Rotharis. 178. — adimpleat metam illam, quam in die sponsaliorum promisit —. — eod. 179. — duplam metam, quantum dictum est in die illa, quando fabula firmata fuerit. — Liutprand. VI. 61. Si — meta nec promissa nec data fuerit —. — L. Wisigoth. lib. III. tit. 1. c. 5.

29) Form. sirmondica. 14. (lindenbrogica 78.) Lex et consuetudo exposcit ut quicquid inter sponsum et sponsam de futuris nuptiis fuerit definitum vel largitum, — — scripturarum solennitate firmetur. Idcirco — — quod ego te — sponsavi, mihi placuit ut aliquid de rebus meis per hunc titulum libelli dotis ante dies nuptiarum tibi confirmare deberem. — Ergo dono tibi — locellum rem proprietatis meae — —. *Haec omnia — per hunc titulum libelli dotis diebus nuptiarum tibi sum impleturus vel traditurus.* — Form. Marculfi II. 15. — App. Form. Marculfi 37. — S. unten Note 41.

30) App. actt. vett. No. 43. (a. 827.) in Baluz. capitt. II. p. 1427.

31) L. Sax. tit. 8. 1. — dotem, quam in nuptiis accepit —.

32) Form. lindenbr. 75. — Idcirco per hanc chartulam libelli dotis *sive per festucam atque per andelangum* dono tibi et donatum in perpetuo esse volo — mansos tantos etc.

derjenigen verwechselt werden darf, wodurch bloß die Bestellung der Dos versprochen wird, (s. Note 29.) müssen die Ausdrücke im ripuarischen Gesetz [33]): per tabularum seu chartarum instrumenta conscribere, per seriem scripturarum conferre, bezogen werden [34]).

Es ist jetzt zu untersuchen, welches Recht die Frau an der Dos erhielt. Was die gesetzliche betrifft, so läßt sich nur im allgemeinen die Vermuthung aufstellen, daß sie ins Eigenthum der Frau kam, weil sie in einer bestimmten Summe Geldes bestand; über die vertragsmäßige finden sich schon bestimmtere Nachrichten. Bei den Longobarden wurde, wie ich oben (s. S. 200.) zu zeigen gesucht habe, nach dem Edict des Rotharis die Meta zwischen dem Inhaber des Mundium und der Frau getheilt; nach Liutprands Gesetzen [35]) wurde sie dieser allein gelobt und übergeben. Sie ging aber aus dem Eigenthum des Ehemannes heraus, so daß ihre Bestellung für eine Veräußerung galt; denn wenn Brüder in ungetheilten Gütern saßen, und der eine von ihnen eine Meta gegeben hatte, so wurde ihm deren Belauf bei der Abtheilung angerechnet [36]). — Bei den Westgothen konnte die Frau, wenn sie keine Söhne hatte, über die Dos frei verfügen; war das aber nicht geschehen, so fiel die Dos

---

33) L. Ripuar. tit. 37.

34) S. oben §. 4. III. §. 7. S. 103. ff.

35) L. L. Liutprand. VI. 35. 61.

36) L. L. Rotharis. 167. Si fratres post mortem patris in casa communi remanserint, — si quis ex ipsis duxerit uxorem, et de rebus communibus meta data fuerit: quando alter uxorem tulerit, aut quando ad divisionem faciendam venerit, simili modo de communibus rebus ei refundatur aliud tantum, quantum ille alter frater in meta dederit.

an den Mann oder dessen Erben zurück 37); auch wurde sie von den Verwandten der Braut eingefordert und verwaltet, und dieser, nicht dem Ehemann, später, wohl nach Vollziehung der Ehe, zurückgegeben 38). — Verwickelter erscheint das Recht der Sachsen.

L. Saxon. tit. 8. De dote. 1. Dotis ratio duplex est. Ostfalai et Angrarii volunt: si foemina filios genuerit, habeat dotem, *quam in nuptiis accepit*, quamdiu vivat, filiisque dimittat.

2. Si vero filii matre superstite moriuntur, ipsaque post obierit, dotem proximi ejus in hereditatem accipiant.

3. Si autem filios non habuerit, dos ad dantem, si vivit, revertatur; si defunctus est, ad proximos haeredes ejus.

4. Apud Westfalaos, postquam mulier filios genuerit (dotem amittat, si autem non genuerit,) ad dies suos dotem possideat; post decessum ejus dos ad dantem vel si deest, ad proximos haeredes ejus revertatur.

Die Paragraphen 1, 3 und 4. lassen sich auf die Grundsätze zurückführen, welche der Sachsenspiegel über die Leibzucht der Frau enthält; denn wenn man annimmt,

---

37) L. Wisigoth. lib. III. tit. 1. c. 5. — Ita ut de his omnibus rebus in conjugio mulier assumpta, si non reliquerit filios, facere quod voluerit liberam se noverit habere licentiam: aut si intestata discesserit, ad maritum aut ad propinquos mariti heredes eadem donatio redeat.

38) eod. c. 6. Dotem puellae traditam pater exigendi vel conservandi ipsi puellae habeat potestatem. Quod si pater aut mater defuerint, tunc fratres vel proximi parentes dotem quam susceperint, ipsi consorti suae ad integrum restituant.

daß durch die Bestellung derselben vermöge der Auflassung ein dingliches Recht zugewandt wurde, so erklärt sich die Bestimmung, daß sie nach dem Tode der Frau an den Besteller, (den Ehemann) zurückfallen soll, — ohne daß man sie während der Ehe in dem Besitz und der Verwaltung der Frau zu denken braucht. Abweichend ist nur, daß nach §. 2. bei den Ostpfahlen und Angrariern durch das Daseyn von Söhnen die Dos gleichsam auf die Linie der Frau transmittirt wurde, indem sie, wenn jene vor der Mutter starben, auf deren Verwandten vererbte; und daß nach §. 4. bei den Westphalen die Dos überhaupt nur für den Fall bestellt zu seyn scheint, wenn keine Söhne in der Ehe geboren würden; man glaubte vielleicht durch diese den Unterhalt der Mutter hinlänglich gesichert. Beide Bestimmungen widersprechen dem Princip des Sachsenspiegels über die Leibzucht, obgleich er keine ausdrückliche Vorschrift dagegen hat. — Uebrigens fehlt der in §. 4. eingeklammerte Satz in Lindenbrog's Ausgabe.

So weit die Volksrechte. In den alten Formeln und Urkunden wird die Dos meistens zu Eigenthum bestellt. In markulfischen Formeln ist es ausdrücklich bestimmt, daß die Frau sie in ihrer Gewalt und die freie Verfügung darüber haben soll [39]); dasselbe enthält eine lindenbrogische

39) App. Form. Marculfi 37. Libellum dotis. — Donat itaque ille — sponsae suae — donatumque in perpetuum esse volo, et de jure meo in jure et dominatione ipsius puellae transcribo atque transfundo, hoc est res proprietatis meae in pago illo — tam mansis, domibus etc. Omnia superius nominata, cum dies felicissimus nuptialis advenerit, dulcissima sponsa mea illa a die praesente habeas, teneas atque possideas, vel quicquid exinde a die praesente facere volueris, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem faciendi. — Form. Marculfi II. 15. — Vgl. eod. II. 9. 16.

Formel [40]), und eine Urkunde, die unter den lindenbrogischen Formeln aufgenommen ist [41]), so wie eine bei Baluz abgedruckte [42]), und eine dritte, die vom Kaiser ausgestellt ist [43]). Diese Stellen gehören wohl alle dem fränkischen Recht an; aber auch in bairischen [44]) und alemannischen [45]) Urkunden kommen Beispiele vor, daß die Frau Grundstücke, welche ihr als Dos bestellt sind, einem andern zu Eigenthum überträgt, so daß sie also selbst die freie Verfügung darüber haben mußte. — Die Fälle, in welchen der Frau die Dos nur zu Nießbrauch übertragen

---

40) Form. lindenbr. 75.

41) eod. 79. — Ergo dono tibi donatumque secundum Legem salicam in tua dote a die praesenti jure legitimo in perpetuum esse volo, et de meo jure in tuum jus et dominationem trado atque transcribo, hoc est mansum juris mei indominaticum etc. Haec omnia superius comprehensa die praesenti tibi sum daturus vel traditurus totum et inexquisitum, ut quicquid exinde facere volueris, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem faciendi.

42) App. actt. vett. No. 43. (a. 827.) in Baluz. capitt. II. p. 1427. — omnia superius comprehensa — in die nuptiali tibi dono, trado atque transcribo ad possidendum, ut quicquid exinde facere volueris, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem.

43) Muratori ant. ital. II. p. 117. (a. 850.) — sponsam nostram A. nomine juxta legem Francorum dotamus —. Damus igitur dotalicio nomine curtem — cum omnibus adjacentiis suis et pertinentiis — et de nostro jure et dominatione in jus et dominationem tuam cedimus atque transfundimus, ut ab hodierna die et deinceps habeas, teneas et possideas, et quidquid inde facere tibi libuerit, liberam et firmissimam potestatem faciendi potiaris.

44) S. oben Note 21.

45) Neugart. I. No. 597. (a. 890.) Ego H. — trado ad monasterium — quicquid hodierna die visa sum habere in locis illis, quae mihi vir meus P. in dotem dedit.

ist, sind nicht so häufig: nach einer alemannischen Urkunde ist es unzweifelhaft [46]), und eine Formel bestimmt, daß die Frau den künftigen Descendenten die Dos hinterlassen soll [47]), welche, nach einer andern Formel [48]), die Kinder, den Vater ausschließend, von der Mutter erben.

Das Resultat der vorgelegten Untersuchung besteht darin, daß die Frau an der ihr bestellten Dos ein sogleich wirksames Recht bekam, indem sie die ihr tradirten Güter entweder zu Eigenthum oder Leibzucht empfing. Der Eintritt des einen oder anderen Rechtsverhältnisses war entweder gesetzlich festgestellt, wie z. B. im sächsischen Rechte, oder die Uebereinkunft entschied in dem einzelnen Falle darüber, wobei denn noch besondere Nebenberedungen vorkommen konnten [49]). — Daß jedenfalls das Mundium des Ehemanns auf die Verwaltung der Dotalsachen eingewirkt habe, ist nicht zu bezweifeln. Doch werden, so lange man Geld oder andere fahrende Habe zur Dos gab, die Rechte des Mannes sehr beschränkt gewesen seyn; spä-

---

46) S. oben Note 22.

47) Die in Note 29. abgebrochene sirmondische Formel fährt so fort: ita ut dum advixeris secundum legis ordinem teneas atque possideas, nostrisque qui ex nobis procreati fuerint filiis vel filiabus derelinquas.

48) Form. Marculfi II. 9.

49) Neugart. I. No. 614. (a. 895.) Ego T. — cum — S. in conjugium acciperem, dotavi ei talem hereditatem etc. Haec omnia ea conditione illi tradidi, ut simul ea utamur, et si deus nobis heredem donaverit, ille habeat: sin autem, tunc post discessum amborum ipsae res ad monasterium S. G. revertantur perpetualiter possidendae pro remedium animae nostrae vel parentum nostrorum. — Die Zuwendung an das Kloster erforderte gewiß eine besondere Auflassung; darauf, daß sie bei der Bestellung der Dos vorgekommen, weist der Schluß der Urkunde hin: Actum in loco — O. — publice praesentibus etc.

ter als Grundstücke den Gegenstand derselben ausmachten, wurde die Frau schon durch die Beschaffenheit ihres durch die Auflassung constituirten Rechtes geschützt, und da mußte sich die Zuwendung factisch als eine Vergabung von Todes wegen darstellen, theilweise modificirt durch die besondere Bestimmung der Wittwenversorgung, worauf das Institut am Ende auslief. Zu jeder Veräußerung war gewiß die Einwilligung der Frau nöthig, damit sie rechtsbeständig sey: darauf weist auch eine Vorschrift des ripuarischen Gesetzes hin [50]) und der bestimmt ausgesprochene Grundsatz des späteren Rechts [51]).

In diesem ist die zu Eigenthum übertragene Dos ganz verschwunden: der Frau wurde nach sächsischem Landrecht [52]), womit das schwäbische [53]) übereinstimmt, ein Witthum ausgesetzt durch die Bestellung einer Leibzucht an Immobilien. Nur eine Stelle des kleinen Kaiserrechts scheint das Witthum nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen, und der Frau umfassendere Rechte daran beizulegen, als in der Leibzucht enthalten sind:

Kl. Kaiserr. II. 51. Wo me ein wip wedemet, daz man von recht er schuldig ist czu thunde, ob hers hat

---

50) L. Ripuar. tit. 37. 3. Quod si ex his, quae conscripta vel tradita sunt, simul consumpserint aliquid, nihil requirat. Vgl. oben S. 201.

51) Schwäb. Landr. Art. 308. §. 1. Leibding mag der frauen nieman gebrechen weder ir man noch die erben mit den es ir geben ist. — Sächs. Landrecht. I. 21. §. 2. — III. 75. §. 1.

52) Sächs. Land. I. 21. §. 1. Man mut ok wol vrowen geven egen to irme live mit erven gelove, svo jung se sin, binnen deme gerichte dart egen inne leget, in jewelker stat, deste dar koninges ban si.

53) Schwäb. Landr. Art. 305 — 308.

der sal suchin sollich gud do mede sin wip unbetrogen ist. Ez sol ouch gut sin ez si eigen ader erbe, do mede her besessin si unn daz gud frei dar habe bracht — —. Wer solch gud hat do mede mag her sin wip wedemen met rechter werunge. Ouch sal he ers uss siner hant lassin dem wibe. daz wip sal ouch dez gudes ein plegerinne sin, unn sal ouch ane dez mannes hindersal med dem nemelichen gude thun unn lossin waz se wel. So mag se es verantworten für ir widemen vor gerichte ob er nod gesche noch dez keisers rechte.

Daß die im Druck hervorgehobenen Worte nicht im strengsten Sinn zu verstehen sind, zeigt die Bestimmung des folgenden Kapitels:

Ouch hat der keiser bestedeget, daz kein wip eren wedemen vorkouffen mag noch verzeien (al. vorczeren) bi eres mannes lebtagen, unn enmag ouch kein man sin wip bethwingen, daz se eren wedemen vorkouffe.

Nach dieser Stelle und dem letzten Satz der vorher angeführten: So mag se u. s. w. ist es wohl gestattet, das Recht der Frau aus der Pflege des Gutes während des Mannes Leben auf die etwa in ihrem Interesse nöthige Vertretung zu beschränken; aber welches Recht erhielt sie nach dem Tode des Mannes? Im angeführten Kap. 51. heißt es:

Ouch hat der keiser daz gesaczt, wo mann unn wip abe gen unn sterben ane kint, daz ein iclich wedeme fallen sal do den he herkomen ist. Me mache den daz her ewiglich bi er blibe do mede se gewedemet ist. Sint in dez riches rechte stet geschrebin, wi me den wiben den wedemen macht, also sollen se en besiczen.

Hier ist in klaren Worten ausgesprochen, daß die Frau im Zweifel nur Leibzuchtsrecht erhielt an dem übertragenen Gut; nur wenn das Geschäft ausdrücklich darauf gerichtet war, empfing sie es zu Eigenthum. Dann lag aber eine Vergabung von Todes wegen vor, welche an Grundstücken vollzogen, auch den Erben des Bedachten zu Gute kam [54]), und es bleibt nur zweifelhaft, ob die Natur des Witthums sich so weit geltend gemacht habe, daß auch bei der Bestellung desselben zu Eigenthum der Erwerb des vollen Rechtes von Seiten der Frau dadurch bedingt war, daß sie den Mann überleben mußte. Troß der allgemeinen Fassung der zuletzt angeführten Worte bin ich geneigt, diese Beschränkung anzunehmen. — Aus der Erwägung dieses besonderen Falls erklärt sich übrigens wohl die auffallende Fassung der früher herausgehobenen Stelle, in welcher von dem Recht der Frau die Rede war.

Da in der Bestellung eines Witthums eine, wenn auch im Umfang beschränkte Vergabung auf den Todesfall lag; so konnte nach dem älteren Rechte, welches ein solches Geschäft über die fahrende Habe nicht kannte, diese nicht zum Gegenstande des Witthums gemacht werden. Darum ist auch im kleinen Kaiserrecht (II. 51.), welches jenem älteren Grundsatz anhing [55]), Folgendes bestimmt worden:

> Wel her aber met einer summe dez farnde gudes daz wip bewedemen, daz sal he uss siner hant bescheiden luden gebin, daz se ess vorwenden in ligende gud innewenig eines jares friste.

Dieß konnte auf eine zwiefache Weise geschehen: durch den

---

54) Vgl. oben §. 9. Note 41.

55) S. oben §. 10. Note 2.

Ankauf von Immobilien oder die Erwerbung einer Realrente; dadurch, daß beide Ehegatten dann die Auflassung entgegen nahmen, oder sie später unter sich wiederholten, konnte das besondere Verhältniß eines jeden zum Gute so, wie die Absicht war, festgestellt werden. — Die Rechte hingegen, nach welchen die fahrende Habe zum Gegenstande einer Vergabung von Todes wegen gemacht werden konnte [56]), gestatteten auch ein Leibgeding an derselben.

Dieses Geschäft erscheint ebenso, wie jene Vergabungen, als ein Vertrag, durch welchen der Besteller der Leibzucht eine Schuld übernahm, die auf seine Erben überging. Folgende Stelle des vermehrten Sachsenspiegels läßt darüber keinen Zweifel; nachdem von der Leibzucht der Ehefrau an Grundstücken gehandelt ist, heißt es weiter:

Verm. Sachssp. I. 9. pr. — Her mag ir auch lipczucht machin mit gelde das ir vorbergit wirt, ab der man stirbit, das ir die burgen adir die erbin das leisten [57]).

Daß zur Form dieses Geschäftes die gerichtliche Vollziehung desselben nothwendig war, wie Albrecht [58]) anzunehmen scheint, bezweifle ich, da an mehren Stellen [59]) des Gerichts keine Erwähnung gethan ist, und auch bei der gelobten Morgengabe dieser Grundsatz nicht festgehalten wurde [60]); aber sehr gebräuchlich war eine solche Einge-

56) S. oben S. 154 ff.

57) Vgl. oben S. 156 ff.

58) Gewere S. 229. Note 612.

59) Kulm. Recht IV. 36. Ab ein man ein wib nimpt, und stirbet der man, das wib hat an sime gute nicht, is en si denne, das her is habe ir gegeben in gehegetem dinge adir ʒu libgedinge ʒu irme Libe. — eod. IV. 52. 82. — Schöffenweisth. in (Böhme's) dipl. Beiträgen VI. p. 103. 6.

60) S. oben §. 10. Note 10.

hung gewiß [61]). — Die rechtliche Stellung dieser Zuwendung wurde im Vergleich zu ähnlichen Vergabungen dadurch besonders modificirt, daß sie der bedachten Frau nur für ihre Lebenszeit gemacht wurde. Der vermehrte Sachsenspiegel, dem das Geschäft überhaupt nicht so geläufig zu seyn scheint, als den zum Theil wohl jüngeren Schöffenurtheilen, enthält die auffallende Bestimmung, daß das Geld im Zweifel nicht an die Erben des Mannes zurückfällt, wenn die Frau ihn überlebt hat, sondern bei ihrer Linie bleibt, so daß, um jenes zu erlangen, eine besondere Verabredung nöthig war [62]). Diese Auffassung des Geschäftes, bei welcher der Begriff der Leibzucht offenbar nicht festgehalten worden ist, findet man aber auch in den andern Quellen nicht wieder; sie verlangen vielmehr umgekehrt einen besonderen Nebenvertrag, wenn das Geld nicht zurückfallen soll.

Kulm. Recht. IV. 82. Begobit ein man sin Wib mit hundirt marken tzu irme Libe, der man der sterbe darnoch und lasse ein Kint, dasselbe Kint sterbe ouch ee, denne sine mutir, di hundirt mark, di her siner Vrauwen gegeben hatte tzu irme libe, wenne si stirbet, so sullen si gevallen uf des mannes erben, der si domit begobit hatte, und nicht uf der Vrauwen erbnamen. Is en si denne, das di gift andirs uswiset. wenne der Vrauwen mochte von irem Kinde nicht ange-

---

61) S. Kulm. Recht IV. 51. — Verm. Sachssp. I. 9. pr.

62) Die vorher im Text abgedruckte Stelle des verm. Sachssp. fährt so fort: — Noch erem tode so engevellet das gelt nicht wedir hinder sich. si erbit es an eren man, ab sie den genummen hat, ane (adir) ere kind, ab sie sich mit em bekindet hat, und alle ire nehsten. es en seie denne mit benannten worten ausgescheidin, das is sulle wedir umbfallen.

vallen, das uffe das Kint noch nicht kommen was, wenne di hundirt mark der Mutir woren, do si lebete [63]).

Albrecht [64]) hat schon mit Recht bemerkt, daß nach dieser Stelle das Recht auf den Rückfall nicht in der Form eines obligatorischen Anspruchs vom Geber auf seine Erben fortgepflanzt wurde: denn sonst würde auch dieser Anspruch nach des Kindes Tode auf die Mutter übergegangen seyn, und sie den Gegenstand des Leibgedings ohne Beschränkung erhalten und auf ihre Linie vererbt haben. Eine andere Stelle des kulmer Rechts [65]) enthält die Vorschrift, daß das mit Geld bestellte Leibgeding der Frau nur an die Erben des Mannes fallen soll, und zwar an diejenigen, welche zur Zeit des Rückfalls die nächsten sind. Man muß also annehmen, daß der Anspruch der männlichen Linie bis dahin ruhte, mit dem Eintritt jenes Umstandes aber wieder auflebte. — Mit dem successiven

---

63) Vgl. das, Note 59. citirte Schöffenweisthum.

64) Gewere S. 229. ff.

65) Kulm. Recht. IV. 52. Ein man hat begobit sine Husvraw mit eime Lipgedinge, mit zehen marken minre adir me. Nu ist der man tot, und hat gelassen Sone und Tochtir. Nu ist der Sone tot und sin Wib, und haben vorbas Kindir gelassen, und diselben kindir sin ouch tot, unn ire neesten haben sich zu der Kindir gute gelassen, di dartzu nicht (recht?) gehat haben von Vatir unn von Mutir. Nu ist uf das lezte di Vrauwe ouch tot, di das Lipgedinge ouch gehabet hat. Ab die Personen, di der Kindir gut undir sich geteilet haben, ab di alle glich teil nemen, adir mogen genemen an der Vrauwen Lipgedinge, adir wer recht dartzu habe. Urtheil. 53. Wer der toten Vrauwen man allir neest zu gehoret von mogeschaft weine, di sullen der Vrauwen Lipgedinge, dz si von dem manne hatte, alleine behalden. Is en si denne, das di gift andirs uswiset.

Erbvertrage möchte ich jenes Verhältniß nicht zusammen stellen, wie Albrecht es a. a. O. thut; denn das Geschäft, welches dieser Gelehrte so nennt [66]), muß so gedacht werden, daß Mehren gleichzeitig eine Zuwendung gemacht wird, derjenige aber, bei welchem das Gut zuletzt bleiben soll, allein der wirklich Bedachte ist, und die andern nur die volle Wirksamkeit seines Rechtes so aufschieben, wie es der Tradent selbst während seines Lebens thut. Wollte man annehmen, daß nur dem ersten Besitzer das Gut übergeben, oder, wenn es fahrende Habe war, die Forderung bestellt sey; so läge eine einseitige letztwillige Verfügung vor, welche das deutsche Recht nicht kannte [67]). Bei der Bestellung des Leibgedinges wurde aber direct auf die Erben des Mannes keine Rücksicht genommen.

II. Schon früh wird unter den Zuwendungen des Ehemanns außer der Dos die Morgengabe genannt [68]). Der Name deutet schon auf die Zeit der Bestellung hin, welches der Tag nach der Hochzeit war: so bestimmen ihn

---

66) Schöffenweisth. hinter Zobel's Sachssp. I. 12, 1. Ob ein man geben mag nach seinem todt sein gut und erbe einer personen, darnach der andern, den dritten und nach ihrer aller todt an kirchen und an seelgerebte wenden. Hierauff sprechen wir für recht: Ein man mag sein gegeben stehend erb, gewonnen erb und gut und farende hab für gericht wol vergeben wie manchen personen er wil, von dem einen auff den andern zu kommen oder zu den kirchen oder zu seelgerethe wie er wil.

67) S. unten §. 14. — Anders verhielt es sich in der, §. 9. Note 36. abgedruckten Urkunde, wo das Recht des Bedachten durch den für die Erben des Tradenten gemachten Vorbehalt aufgeschoben wurde: diesen brauchte wohl nicht erst tradirt zu werden.

68) S. oben Note 23. — L. Ripuar. tit. 37, 2. — quicquid ei in morgangeba traditum fuerat —. — L. Burgund. tit. 42, 2.

auch das longobardische Recht [69]), der Sachsenspiegel [70]) und das bremische Ritterrecht [71]). — Was den Gegenstand der Morgengabe betrifft, so nennt das alemannische Gesetz fahrende Habe bis zum Belauf von 12 Schillingen [72]), und auch nach dem sächsischen Landrecht [73]) bestand sie nicht aus Immobilien; bei den Longobarden hingegen konnte sie den vierten Theil von dem ganzen Vermögen des Ehemanns ausmachen [74]), bei den Baiern nach Kaiser Ludwig's Rechtsbuch den zehnten [75]).

---

69) L. L. Liutprand. VI. 49. Nulli sit licentia conjugi suae de rebus suis dare amplius per qualecumque ingenium, nisi quod ei *in die votorum* in methio et morgengab dederit —. — Vgl. eod. II. 1. Daß der dies votorum der Tag nach der Hochzeit war, hat Baluz bewiesen, Capitt. II. p. 992. sqq. S. unten Note 77.

70) Sächs. Landr. I. 20. §. 1.

71) S. Pufendorf. observtt. tom. IV. app. No. I. tit. VI. §. 1. p. 24.

72) L. Alaman. tit. 56, 2. S. unten Note 78.

73) Sächs. Landr. I. 20. §. 1. Nu vernemet wat jegelik man von ridders art moge geven sime wive to morgengave. Des morgens, alse he mit ir to dische gat vor etene, an erven gelof so mach he ire geven enen knecht oder ene maget, die binnen iren jaren sin, unde tünete unde timber unde veltgande ve. §. 8. Alle de von ridders art nicht ne sin, die ne mogen iren wiven nicht geven to morgengave wen dat beste perd oder ve, dat se hebbet. — Vgl. v. Sydow, Darstellung des Erbrechts u. s. w. S. 272. Note 841. — Hasse in der Zeitschr. f. g. RW. IV. 1. S. 77.

74) L. L. Liutprand. II. 1. — Tamen ipsum morgengab volumus, ut non sit amplius, nisi quarta pars de ejus substantia, qui ipsum morgengab dedit. Si quidem minus dare voluerit de rebus, quam quarta portio sit, habeat in omnibus licentiam dandi, quantum voluerit.

75) S. Bair. Landr. in J. Heumann. opuscul. p. 86. Welich arm man — — zu elichen heirat greifen wellet, der sol noch en mag sein hausfrawe nicht höher bemorgengaben, dann mit dem zehenttetail seines guets, das ist von zehen pfunde ains.

Die Frau erhielt die Morgengabe zu Eigenthum. Dieses ist in den Urkunden der Longobarden, nach deren Recht der Uebertragung eine Auslobung voraus ging [76]), wie anderswo bei der Dos, ausdrücklich anerkannt [77]); und auch das alemannische Gesetz, nach welchem die Morgengabe in die Gewalt der Frau kam, deutet darauf hin [78]), so wie das ripuarische [79]). — Nach dem sächsischen Landrecht [80]) vererbte die Frau sie nur dann auf ihre

76) S. L. L. Liutprand. II. 1.

77) App. actt. vett. No. 147. (a. 1044.) in Baluz. Capitt. II. p. 1550. — Scriptum morgincap qualiter ego J. — dono, trado atque confirmo tibi M. — conjugi meae quartam portionem de omnibus rebus proprietatis meae — — ut alia die post noctem nuptialem, qui est dies votorum nostrorum, ante parentes et amicos nostros ostendam hoc scriptum testibus roboratum et dicam: Ecce quod conjugi meae in morgincap dedi. *et sic ab hodierno die firmum et stabile tibi M. vel tuis heredibus permaneat.* — Muratori ant. ital. II. p. 117. (a. 1185.) — Nunc autem, si — te in conjugio sociavero, suprascriptam quartam portionem — tuae dilectioni do, cedo, confero et per praesentem cartam morgincap in te habendum confirmo, ut facias exinde a praesenti die tu et heredes tui aut cui vos dederitis, quicquid volueritis ex mea plenissima largitate. — eod. III. p. 1083. (a. 1056.) — p. 1103. (a. 1099.) — V. p. 622. (a. 1000.)

78) L. Alaman. tit. 56, 2. Si autem ipsa femina dixerit: Maritus meus dedit mihi morgangeba, computet quantum valet aut in auro aut in argento aut in mancipiis aut in equo pecuniam duodecim solidos valentem. Tunc liceat illi mulieri jurare per pectus suum et dicat: *Quod maritus meus mihi dedit in potestate et ego possidere debeo.*

79) L. Ripuar. tit. 37, 2. 3. Die morgangeba tradita steht hier wohl der dos conscripta gegenüber, insofern jene, aus Mobilien bestehend, sogleich in die Hand der Frau übertragen wurde; während die Dos durch die Auflassung, worüber eine Urkunde aufgesetzt zu werden pflegte, auf sie überging. Vgl. oben Note 33. u. 34.

80) Sächs. Landr. III. 38. §. 3. Musdele unde morgengave

Linie, wenn sie den Mann überlebte. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß das Recht der Frau auf des Mannes Tod gestellt war; sondern die Absicht blieb, ihr durch die Zuwendung sogleich eine Annehmlichkeit zu bereiten [81]). Aber ein so festes Recht wurde ihr nicht eingeräumt, daß, wenn durch ihren Tod das ungezweite Gut sich theilte, die Morgengabe zu ihrem Erbtheil herüber gezogen worden wäre: das Mundium des Mannes wirkte stärker. War dieses aber gebrochen durch seinen Tod, so fehlte das Gegengewicht, und die Frau vererbte ihr freies Eigenthum. — Im späteren Recht erscheint die Morgengabe auf verschiedene Weise modificirt. Nach dem bremischen Ritterrecht werden der Frau bewegliche Sachen (eine güldene Kette, Schnur oder dgl.) und Immobilien oder Renten darauf zur Morgengabe übergeben. Den Schmuck erhält sie sogleich zum freien Eigenthume: ihr Recht an den Immobilien unterscheidet sich aber nur dadurch von der Leibzucht, daß jenes nach Vollziehung der Ehe bestellt wurde, regelmäßig keinen Wittwensitz enthielt, und ihr blieb, wenn sie auch zur zweiten Ehe schritt. Hatte der Ehemann ihr keine Morgengabe oder Leibzucht an Immobilien bestellt, so stand der Frau darauf ein gesetzlicher Anspruch gegen die Erben zu [82]). — Fast durchweg hat sich aber die Morgengabe zu einer Zuwendung von Todeswegen herausgebildet, meistens jedoch mit der Modification, daß die Frau, wenn sie ihr zu Gute kommen sollte, den Mann überleben mußte. Nach dem bairischen Landrecht,

---

ne erft nen wif bi ires mannes live, sie ne hebbe se untvangen na ires mannes dode. — Vgl. Schwäb. Landr. Art. 302.

81) Vgl. Hasse a. a. O. S. 79.

82) S. Pufendorf. observtt. tom. IV. app. No. I. tit. VI. VII. p. 24 sqq.

welches eine Radicirung der zur Morgengabe ausgesetzten Summe auf Immobilien vorschreibt [83]), ging die Gewere auf die Frau über, und sie konnte auf den Todesfall frei darüber verfügen, so daß hier das Recht derselben wenigstens nicht ganz durch den früheren Tod des Mannes bedingt war; diesem blieb aber die Benutzung, so lange er lebte [84]). — Unter dem Adel wurde es in späterer Zeit Sitte, der Frau zugleich mit der Widerlage eine bestimmte Summe Geldes unter dem Namen Morgengabe auf Immobilien zu beweisen, welche, wenn sie den Mann überlebte, ihr freies Eigenthum ward [85]). — Die gelobte Morgengabe nach dem sächsischen Schöffenrecht ist schon oben (§. 10. S. 157. ff.) erörtert worden. — In den Städten, wo sich eine statutarische Erbportion der Frau am Nachlaß des Mannes durchgebildet hatte, ging die Morgengabe auf dieselbe Weise darin auf, wie die Leibzucht und Gerade [86]). Deswegen kennt z. B. das lübsche Recht die genannten Gütertheile nicht.

---

83) S. J. Heumann. l. c. p. 86. und 87.

84) a. a. O. p. 87. Es sol ein jeglich fraw die bemorgengabt wirt, als vor geschrieben ist, alle die gewer habn, die ir wirt gehabt hat an der morgengab, an das der wirtt der nutz gewaltig sol sein dieweil er lebt. p. 88. Es mag ein jeglich fraw an ire letzten zeiten ir morgengab schaffen ainem ire freunt oder durch got oder was si damit schaffet oder tut, da sol si weder wirt noch kinder noch freunte nieman an irren noch krencken noch hindern.

85) S. in Guden. cod. dipl. V. die diplomata rienecciana, No. 34. (a. 1460.) No. 39. (a. 1465.) No. 43. (a. 1470.) No. 45. (a. 1478.) No. 49. (a. 1483.) No. 82. (a. 1522.)

86) Verm. Sachssp. I. 9, 10. Abir in wichbilde der stete, wo man dritteteil den frauwen gebit, do en ist des nicht, wenne alle vrauwen sint an lipgedinghe, an morgengabe und an gerade vorscheidin mit irem dritteteil das ir recht eigen ist. Vgl. eod. I. 3, 3.

§. 13.

Von den Erbverbrüderungen.

Bis jetzt ist von denjenigen Vergabungen gehandelt worden, deren Zweck es war, das Eigenthum an bestimmten Gütern in der Art auf einen andern zu übertragen, daß der Schenker die Nutzung bis auf seinen Tod behielt. Es mußte also dem, welcher die Uebertragung beschaffte, die unbeschränkte Verfügung über ihren Gegenstand zustehen, sey es nun, daß dieses von Anfang an der Fall war, oder erst durch die hinzukommende Einwilligung der Betheiligten erlangt wurde. Hieraus folgt, daß die bezeichneten Vergabungen nicht auf dem Gebiete des Lehnrechts zu suchen sind. Zwar findet sich auch hier ein Geschäft, welches seinem Zwecke nach dem so eben genannten sehr nahe kommt, indem dem Vasallen ein anderer beigesellt werden konnte nach Gedingsrecht oder zur gesammten Hand; aber wenn auch von dem besitzenden Vasallen die erste Einleitung getroffen wurde, um so jemandem das Gut zuzuwenden: so lag doch die Vollziehung des Geschäftes ganz in der Hand des Lehnsherrn, dessen Zustimmung nicht bloß nöthig war, sondern der auch durch die von ihm ertheilte Belehnung als die eigentliche Quelle des Rechts erscheint, welches der neue Vasall erwarb. Man kann daher für diese Verhältnisse eigentlich nicht von einer durch den Besitzer beschafften Zuwendung sprechen; es wurde vielmehr durch den Herrn ein ganz neuer Lehnsverband errichtet.

Wenn man von diesen Grundsätzen ausgeht, so erscheint die Ansicht begründet, daß im Mittelalter der hohe Adel deutscher Nation regelmäßig über das ihm untergebene

Gebiet kein Geschäft habe schließen können, welches die volle Wirkung einer Vergabung von Todeswegen gehabt hätte. Denn abgesehen von den, verhältnißmäßig geringen Gebietstheilen, welche er als Allod besaß; so hinderte ihn anfangs die Idee des Amtes daran, die den Rechtsverhältnissen zum Grunde lag, worin die Herzöge und Grafen zu Kaiser und Reich standen, und später machte sich eben als bestimmende Norm die Ansicht geltend, daß es der Lehnsverband sey, welcher die Stände mit dem Reich verknüpfe [1]. Für beide Perioden galt der Grundsatz, daß nur durch den Willen und die Hand des Kaisers eine Nachfolge devolvirt werden konnte, und eine einseitige Zuwendung von Seiten der Fürsten war demnach rechtlich unmöglich. Dieses Princip wurde weder dadurch gebrochen, daß sich für die eben bezeichneten Verhältnisse die Erblichkeit durchbildete, noch durch einzelne Privilegien, welche den Fürsten die Befugniß einräumten, auf den Fall ihres unbeerbten Abgangs über ihre Länder von Todeswegen zu disponiren [2]. Denn die Erblichkeit jener Würden hob an sich nicht das Princip auf, welches ihnen unter lag, und die erwähnten Privilegien konnten nur die Folge haben, daß, wenn sie in Ausübung gebracht waren, die Belehnung vom Kaiser nicht verweigert werden durfte.

Was die Form der Zuwendungen betrifft, welche dadurch möglich gemacht wurden, so kam hier das gemeine

1) S. Eichhorn, St. und RG. II. §. 225. 300.

2) Das älteste Beispiel der Art, welches ich kenne, ist das Privilegium Kaiser Friedrich I. für Oesterreich vom Jahre 1156. S. Eichhorn a. a. O. §. 238. Note a. Dux Austriae donandi et deputandi terras suas cuicunque voluerit habere debet potestatem liberam, si quod absit sine heredibus liberis decederet neque, in hoc per imperium debet aliqualiter impediri.

Recht früh zur Anwendung [3]; an Erbverträge im Sinne des heutigen Rechts ist noch nicht zu denken. Freilich hat man sie auch in diesem Fall, wie in so vielen andern, erkennen wollen, aber ohne allen Grund. Ich beschränke die Kritik solcher Annahmen auf folgendes Beispiel. Im Jahre 1186 tagte Herzog Ottokar von Steier mit seinen Getreuen, und bestimmte, wie es nach seinem Tode unter dem Herzog Leopold von Oesterreich, den er auf den Fall seines kinderlosen Abgangs zum Nachfolger bestellt hatte, im Lande gehalten werden sollte. An die hierüber ausgestellte Urkunde [4]) hatte, wie die unten citirte Recension berichtet, auch Leopold sein Siegel gehängt, weil ihn die ganze Anordnung hauptsächlich betraf; aber daß ein Act vorhergegangen, wodurch ihm schon die Nachfolge ertheilt worden war, zeigt der Inhalt der Urkunde deutlich, und wird ganz unzweifelhaft gemacht durch ein anderes Diplom Herzog Ottokars vom Jahre 1184., worin es heißt: „una cum consanguineo nostro Liupoldo duce Austrie, quem rerum nostrarum, si sine sobole decederemus, constitueramus heredem." — Dennoch haben die Herausgeber der Monumenta boica, welche in der collectio nova I. 2. p. 253. ff. jene Urkunde von 1186. und in der Note dazu die Stelle aus der Urkunde von 1184. haben abdrucken lassen, die erstere überschrieben: Pactum haereditarium atque successorium inter Ottocarum Styriae ducem et consanguineum suum Leopoldum, ducem Austriae [5]), — und der Recensent

3) S. J. J. Moser, teutsches Staatsrecht Theil 17. Buch 3. Kap. 84.

4) Abgedruckt bei Lünig, Reichs-Archiv P. S. cont. I. unter Steier p. 140.

5) Ueberhaupt sind, um dieß beiläufig zu rügen, in jener neuen

von Schneller's Geschichte von Steiermark [6]) (v. Hormayr?) kann nicht recht mit sich einig werden, ob jene Handfeste einen Erbvertrag oder ein Testament enthalte.

Wenn nun die Stellung der Stände zum Reich stets nach scharf gezogenen und gleichmäßigen Grundlinien abgemessen worden wäre, und dem rechtlichen Zustande auch der factische sich genau angepaßt hätte; so würden die erwähnten Verhältnisse für die juristische Beurtheilung keine besonderen Schwierigkeiten darbieten. Aber die Bestrebungen des hohen Adels, deren Erfolg die Erlangung der Landeshoheit war, haben auch hier ihren Einfluß geltend gemacht. Bei der Lehre von den Erbverbrüderungen zeigt sich, namentlich für die ältere Zeit, ein zwiefaches Princip wirksam: das Recht des Kaisers, die Besitzungen ausgestorbener Fürstenhäuser zu verleihen, und die Neigung der Fürsten, ihre Länder für den Fall des unbeerbten Abgangs ihrer Familie beliebig auf andere zu übertragen, und damit die Aussicht auf künftigen Ländererwerb zu verbinden.

Unter Erbverbrüderung versteht man das, vorzugsweise beim hohen Adel vorkommende Geschäft, durch welches mehre Häuser oder verschiedene Linien desselben Hauses sich gegenseitig ihre Güter zuwenden auf den Fall, daß der eine Theil erlöschen sollte. — Es wurde früh Sitte unter den deutschen Fürsten und Herrn, ihre Familie in der fortgehenden Bewegung derselben gleichsam als eine juristische Person anzusehen, so daß die einzelnen Mitglieder,

---

Folge der Monumenta boica, welche doch so Vieles gut zu machen hatte, die Ueberschriften der einzelnen Stücke zum Theil mit einer unverzeihlichen Flüchtigkeit und Ungenauigkeit gemacht.

6) Wiener Jahrbücher. Band 3. S. 324 — 35.

welche gerade am Leben waren, nicht nur für sich, sondern auch für die kommenden Geschlechter rechtliche Verhältnisse begründen konnten. Ein Ausfluß dieses Gedankens sind, außer manchen andern Instituten, z. B. die Erbeinigungen, Schutz- und Trutzbündnisse zwischen einzelnen Familien oder Stämmen, deren Wirkungen sogleich auf die Nachkommen der Contrahenten ausgedehnt wurden; und auch die Erbverbrüderungen müssen darauf zurückgeführt werden. Man könnte zwar geneigt seyn, hier eine Analogie derjenigen Vergabungen zu finden, deren volle Wirksamkeit nicht sogleich nach dem Tode des Freigebigen eintreten sollte; die vielmehr bis zum Tode bestimmter Personen, welchen ein interimistisches Recht eingeräumt war, aufgeschoben wurde [7]). Aber diese Zusammenstellung paßt deswegen nicht, weil bei den Erbverbrüderungen der Nachfolger desjenigen, der sie ursprünglich geschlossen hatte, vollständig in sein Rechtsverhältniß eintrat, gleichsam als jedesmaliger Repräsentant der Familie; bei jenen Vergabungen aber die in der Mitte stehenden Personen nur ein untergeordnetes Recht auf die lebenslängliche Benutzung der tradirten Güter erwarben.

Die Bestrebungen der Reichsfürsten, den Glanz und die Macht ihres Hauses zu vermehren, führten den Wunsch herbei, diesem die Nachfolge in solche Territorien zu sichern, welche durch das Aussterben der regierenden Familie dem Reiche etwa ledig würden. Das natürlichste Mittel, um

---

7) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 13. (a. 765.) — Neugart. cod. dipl. Alem. I. No. 312. (a. 846.) — App. actt. vett. No. 126. (a. 892.) in Baluz. capitt. II. p. 1522. — Schöffenweisth. hinter Zobel's Sachssp. I. 12, 1. — Schwäb. Landr. Art. 305. §. 12. ff. Vgl. oben §. 12. S. 217.

dieses zu erlangen, war, sich von dem Kaiser eine Exspectanz oder Sammtbelehnung ertheilen zu lassen. Aber theils bildeten sich beide Institute erst in späterer Zeit so aus, daß sie einen dinglichen Charakter annahmen [8]), und der Grundsatz, daß, wer nur ein Geding am Lehen hatte, der Folge darbte, verhinderte ursprünglich die Ausdehnung dieses Geschäftes auf die ganze Familie; theils ging es nur auf die Reichslehen, nicht auf das Allod und die Voigteien; und endlich wußte man nur zu gut, wie wichtig es sey, sich auch die Zustimmung des Hauses zu verschaffen, dem man succediren wollte, weil es im Lande mächtig, wo es herrschte, und namentlich auf die emporstrebenden Landstände einwirkend, dem Plane hindernd entgegen treten, oder umgekehrt sehr förderlich seyn konnte. — Diese Umstände führten dahin, daß, wenn mehre Häuser oder Stämme gegenseitig eine solche Absicht hegten, der eine Theil auf das Aussterben des anderen speculirte, und so durch die Einräumung gleicher Rechte unter der Auctorität des Reichs dem Geschäfte der Charakter der Billigkeit und dadurch der Sicherheit gegeben wurde. Denn nun lag es im Interesse aller Theilnehmer, das eingegangene Verhältniß aufrecht zu erhalten.

Denkt man sich nach dem vorher Gesagten nicht die einzelnen Personen, welche eine Erbverbrüderung schlossen, sondern durch sie die verschiedenen Familien als die paciscirenden Theile; so stellt sich das Geschäft als eine besonders modificirte Vergabung von Todes wegen dar, und in der That beruht es auch auf demselben Princip, welches als die bestimmende Norm dieser Zuwendungen erkannt ist: ein sogleich wirksames Recht wurde durch die

8) S. oben §. 6. Note 41.

Aufnahme in das Gesammteigenthum eingeräumt, welches aber erst durch den Tod des Tradenten, hier durch das Aussterben des im letzten successionsfähigen Mitgliede repräsentirten Hauses, zur unbeschränkten Wirksamkeit gelangte. — Dieses Princip soll im Folgenden an den wichtigsten Beispielen, die in Deutschland von den Erbverbrüderungen vorgekommen sind, nachgewiesen werden.

Bei der Auswahl der Beispiele ist aber eine große Vorsicht nöthig. Einige Schriftsteller werfen Erbeinigungen, Ganerbschaften [9]), Gesammtbelehnungen, einseitige Zusicherungen der Nachfolge in ein Territorium und Erbverbrüderungen oft ziemlich bunt durch einander [10]). Schätzenswerthe Beiträge zu einer genaueren Sichtung dieser Geschäfte hat P. Haselberg [11]) geliefert. — Was die Zeit betrifft, in welcher die Erbverbrüderungen zuerst aufkamen, so nimmt Itter [12]), welchem Pätz [13]) folgt, das dreizehnte Jahrhundert an. Ich habe keine, nur einigermaaßen sichere Nachricht davon gefunden, welche über das vierzehnte Jahrhundert hinaufginge. Pätz beruft sich auf eine Stelle in Horneck's österreichischer Reimchro-

---

9) Ueber diese s. oben §. 6. S. 81. ff. Bei ihnen war das gegenseitige Erbrecht der Familien kein wesentliches Moment: sie hatten die gemeinschaftliche Benutzung und Vertretung gewisser Güter zum Zweck.

10) S. z. B. Pfeffinger. Vitriar. illustr. lib. III. tit. 20. §. 83. und 84. — J. J. Moser, teutsches Staatsrecht. Theil 17. Buch 3. Kap. 85.

11) In der Schrift: De pactis confrat. prolusio. Gottg. 1787. §. 2 — 7.

12) De feudis imperii cap. 17. §. 1.

13) Commentatio successione etc. (s. oben §. 10. Note 37.) §. 23. Note 10.

nick[14]), um zu beweisen, daß schon ums Jahr 1260. Herzog Ulrich von Kärnthen und König Ottokar von Böhmen eine Erbverbrüderung eingegangen seyen. Ueber die Gegenseitigkeit dieser Zuwendung habe ich keine weitere Nachricht auffinden können; was aber die Art derselben betrifft, so ergiebt sich schon aus den angeführten Versen, daß sie jedenfalls nur auf die Person der beiden Disponenten, nicht aber auf ihre Familie gerichtet war, wie das bei den Erbverbrüderungen geschieht. Ueberdieß theilt Pessina de Czechorod[15]) eine Urkunde mit, von welcher

---

14) S. H. Pez. S. S. rerum austriac. p. 99. l. Die Stelle, welche hierher gehört, lautet:

Er acht harte chlain
Der Gelub, die emalen
Geschehen warn ane twallen
Zwischen dem Kunig reichen
Und Herczog Ulreichen:
Welcher under in verdurb,
Und von Got nicht enwurb
Gleich Erben,
Mit desselbs sterben
Solt dem andern sein penant
Dez andern Leut und Laant,
Darczu Purg und Vesst:
Daz ward verhantvest,
Alß si hetten geschaffen
Mit den weisisten Pfaffen.

15) In: Mars moravicus, (Prag. 1677. fol.) lib. III. cap. 7. p. 367. Die Urkunde lautet: Nos Ulricus dei gratia dux Carinthiae etc. cum ex divina dispositione haeredibus careamus, dominum Ottocarum sereniss. regem Bohemorum etc. praesertim cum sit nobis consanguinitatis vinculo alligatus, multaque amicitiae beneficia ac indefessae dilectionis argumenta percepimus ab eodem: haeredem nostrum constituimus; ita quod post mortem nostram,

er behauptet, daß sie noch zu seiner Zeit im erzbischöflichen Archiv zu Prag vorhanden gewesen sey, versehen mit Herzog Ulrich's Siegel. Diese Urkunde, ausgestellt zu Podiebrad 1267., enthält eine testamentarische Disposition Herzog Ulrich's von Kärnthen, durch welche er den König Ottokar von Böhmen zum Erben einsetzte auf den Fall seines unbeerbten Abgangs. Von einer Erbverbrüderung kann der Chronist also nicht gesprochen haben, wenn man ihn nicht eines Irrthums zeihen will. — Der erste unzweifelhafte Fall eines solchen Geschäftes ist die Erbverbrüderung unter den Söhnen Kaiser Ludewig des Baiern von 1334; denn die hierüber ausgestellten Urkunden sind uns erhalten worden. Haselberg hat sich bemüht, in einer besonderen Schrift [16]) nachzuweisen, daß ums Jahr 1329 zwischen Brandenburg und Meißen, und noch früher zwischen Meißen und Hessen über Thüringen eine Erbverbrüderung geschlossen sey, indem er sich hauptsächlich auf einen Brief Ludewig des Baiern d. d. Pavia 1329. an den Markgrafen Friederich von Meißen beruft [17]). Aber der Beweis ist ihm nicht weiter gelungen, als daß er den ersten Fall wahrscheinlich gemacht hat; für den zweiten hat er auch dieses nicht einmal gethan [18]).

---

si sine filiis et filiabus decesserimus, per nos legitime generatis, terras nostras, proprietates ac feuda, seu alia bona nostra, quaecunque nunc possidemus, possidere debeat libere ac quiete etc. Datum Podiebrad anno dom. 1267. Prid. Non. Dec. Indict. XI.

16) P. Haselberg, de origine et incremento pacti confraternitatis saxo-hassiaci. Helmstad. 1788.

17) Der Brief ist abgedruckt in: Ludewig. Rel. Msct. tom. IX. p. 679.

18) Eines Beispiels vom Jahre 1238. thut diese Schrift keine Erwähnung. Mittermaier, der es in den Grundsätzen des dt.

Das Wesen der Erbverbrüderung bestand nun ursprünglich darin, daß die Paciscenten sich gegenseitig in das Gesammteigenthum ihrer Länder und Güter aufnahmen, welches für das Allodialvermögen durch die Uebertragung der Parteien selbst, für die Reichslehen aber durch die vom Kaiser ertheilte Sammtbelehnung erreicht wurde, womit dieser regelmäßig eine Bestätigung des ganzen Geschäftes verband. Hält man sich nun, verbunden mit dieser Form den letzten Zweck der Erbverbrüderung vor, und stellt das zur Erwägung, daß sie nach der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kaiser und den Fürsten kein von jeher geltendes Geschäft war, sondern ein neu eingeführtes; so darf man wohl unbedenklich annehmen, daß die im Privatrecht übliche Form der Vergabungen von Todes wegen mit den nöthigen Modificationen auf diese publicistischen Verhältnisse angewandt sey. Eben dasjenige Beispiel, welches oben für das älteste erklärt worden ist, bietet die gewichtigsten Gründe für diese Meinung. — Kaiser Ludewig der Baier hatte seinem ältesten Sohne, Ludewig dem Römer, im Jahre 1324. die Markgrafschaft Brandenburg zugewandt: später schloß dieser mit seinen Brüdern, den Herzogen von Baiern, unter Vermittlung des auf den dauernden Glanz des wittelsbachischen Hauses eifrig bedachten Kaisers eine Erbverbrüderung. Die Urkunde über die Vereinbarung der Söhne ist ausgestellt am St. Vitusabend des Jahres 1334.; die kaiser-

---

PR's, §. 404. Note 1., behauptet, ist wohl durch eine falsche Nachricht oder einen Druckfehler bei Paetz l. c. §. 23. Note 9. irre geführt worden. Pätz, der aber anführt, er selbst habe Haselberg's Schrift nicht gesehen, spricht a. a. O. allerdings vom Jahre 1238. (1328?)

liche Bestätigung und Ertheilung der Sammtbelehnung erfolgte acht Tage später am Abend Johannis Baptistä [19]). Wir heben Folgendes heraus:

Wir Ludowich — Romischir Cheisir — bekennen — daz — Ludowich Margrave zu Brandinburg unsir erstbornir Sun mit unserm gutin Willin hant gunst und wort daz Land und die Marke zu Brandenburg mit Stetin Burgen Leutin und gemeinlichen mit allen irin zugehordin die er izund inne hat und hernach in gewinnet, ez sin Lehin Eigin odir Erbe sie sint groz oder chleine, wi sie genant sin, gegebin gemachit und geschaffit hat dem hochgebornin Furstin Stephan, Ludowich, Wilhelm und andirn unsirn Sunin, ob wir mer — Sune gewinnin, sinen Brudirn und irin Erbin in so getanir Bescheidinhet als her nach beschribin stet. Were daz daz er ane Sune vorfure und abe ginge —, odir ob er Sune gewinne und auch die fürbaz ane Sune vorfuren, so sol daz vorgenant Lant — — vorfallin kumin und erbin an Stephan, Ludowich und Wilhelm und andir ire Brudir, ob wir mehr Sune gewinnin. So habin da wiedir die vorgenantin Furstin St. L. und W. — Ludowichin dem Margravin zu Brandenburg und sienin Sunin auch mit unsirm gutim Willin gunst und worte nach unserm tode gebin gemachit und geschaffit daz Lant zu Beiern und waz si gutis in Vranchin in Swabin und in andirn Landin habin und gewinnin, ez si an eigen erbe oder Lehin, wie ez genant si, also daz die Lant

---

19) Beide Urkunden sind wiederholt abgedruckt, unter andern in P. W. Gercken. cod. dipl. brandenb. I. No. 59. und 60. Die im Text gegebenen Auszüge sind aus der ersten Nummer genommen, welche aber der Zeit nach die spätere ist.

Lute und Gut an den vorgenanten L. Margravin zu B. und sin rechtin Sune gevellin kumin und erbin an wiederrede in allir wiz und bescheidinheit, als er in daz Lant und die Marke zu B. gemachit und geschaffit hat, ob sie an Erbin vorvurin und abegingin. — — Und zu einir stetin sicherheit so vorlihin wir und habin mit vorbachtin mute vorlihin den vorgenantin Fursten — und iren Erbsunen zu gesamter hand in so getanir bescheidinheit als vor beschribin stet, die vorgenante Lant gut und lute beidirsit wi die genant sin, die von uns und dem Riche zu Lehin gen. Auch setzin wir sie beidirseit bei lebintigin unsirn liebe in nutz gewalt und volle gewehr der lande und der gute. Zu urchunde disser machunge und zu einir rechtin gewehr suln unsirs Suns des Margravin Amtlute und Pfleger zu einim rechtin Zinse und Dienste alle jar zwei hundert Marg Silbers gebin St. L. W. und iren Sunen uf Sant Martins tag. So sulln dawider St. L. und W. und ir Erbin und ir Amptlut und Pleger auch zu einin Zinse und Dienste alle Jar dem — L. Margrafin zu B. und sinen Sunin auch uf denselbin St. M. tag hundert Marg Silbers gebin von irin vorgenantin Landin und Guten wa die gelegin und wi die genant sin an alle wiederrede. Were auch daz daz unser Sune einer — eine odir mer tochter gewunnin und an Sune — vorfure, die suln die andern unsere Sune bestatten und bereten als ez ziemlich und erlich si. Were auch daz daz der vorgenante Margrave — ane Sune vorfure als vor bescribin ist, — so soll je der eltiste unsir Sune siner Brudir einir an hindernizze daz Lant mit allin seinin zugehorden besizen und erbin.

Am Schluß versprechen die Söhne noch, die „vorgenante Sache und machunge“, wie sie geschworen, getreulich zu halten, und ihre „Pfleger Amptlute Man und Stete“ zum eidlich bestärkten Beitritt zu bewegen. Auch haben sie ihre Siegel zu des Kaisers an die Urkunde gehängt.

Der Punkt, worauf die juristische Haltung dieses Geschäftes beruht, ist die Ertheilung von Nutz, Gewalt und Gewere und die Bestellung eines Zinses an den beiderseitigen Gütern. Vergleicht man damit die Vorschrift des bairischen Landrechts über die Vergabungen von Todes wegen [20], so ergiebt sich, daß deren Form eben für diese Erbverbrüderung des wittelsbachischen Hauses angewandt ist. Jedoch konnten sich die Contrahenten hier sehr frei bewegen, weil das ganze Geschäft unter Vermittlung des Kaisers, welcher zugleich das Haupt der Familie war, abgeschlossen wurde. Zwar ist die Sammtlehnung ausdrücklich nur auf die Reichslehen bezogen, und die Einräumung der Gewere u. s. w. ging nicht von dem bestätigenden Kaiser aus, sondern wurde von den Söhnen selbst beschafft, wie die von ihnen ausgestellte Urkunde zeigt; aber die Handhabung der Verhältnisse wurde durch jenen Umstand doch sehr erleichtert. Auch beschränkte man sich nicht bloß auf die Aufnahme ins Gesammteigenthum: besondere Vereinbarungen ordneten das Einzelne, z. B. die Ausstattung der Töchter, den Vorzug des Erstgebornen u. s. w.

Daß man das neue Geschäft, welches nach dem Vorhergehenden auf dem Gebiete des Staatsrechts gewonnen war, festzuhalten wußte, zeigt die Erbverbrüderung zwi-

---

20) S. oben §. 9. Note 21.

schen Böhmen und Oesterreich vom Jahre 1364 [21]), — auch darum interessant, weil der Kaiser hier einer der Contrahenten war. Die Einleitung derselben weist auf die gewöhnliche Form der Vergabungen hin:

— Daß darumb wir — mit aller der Ordnung, Bescheidenheit und Krafft, Wortten, Wercken und Geberten, die nach geistlichen und weltlichen Rechten oder Gewohnheiten oder nach gemeinerlei Landrechten oder Freiheiten darzu gehörent, einander gethan haben Recht und redlich solche Gemächtnüs Ordnung und Gab, als hienach bescheiden ist.

Daß eben das Gesammteigenthum zwischen den beyden Häusern die Folge der gegenseitigen Uebertragung war, ist ganz bestimmt in der Erneuerung von 1366 ausgesprochen [22]), in welcher aus dem Wesen des eingegangenen Verhältnisses eine Erbeinigung abgeleitet und diese auch geschlossen ist. Hier heißt es:

— Und wenn von dieser Ordnung und Gemächtnüsse wegen, nach Weisung und Laute des gegenwärtigen Brieffs die vorgenanndten und andere unsere Erbliche Landt — — die wir haben, oder hernach gewinnen, auf beiden Theilen zu einander verpflichtet sindt und seyn sollen, also daß idweder Theil des andern Landt und Herrschafften in der Weiß und Geschichte, als darvor begriffen ist, wol für die seinen haben, nennen und schätzen mag, und wir auch derselben Lande beiden Seiten gemaine, verainte und ungesunderte Besitzer seyn. so ist billich,

21) S. Lünig, R. A. P. S. cont. I. Erste Fortsetzung. p. 54. ff.

22) a. a. O. p. 58.

daß wir idtweder Seit einander dieselben unsere Landt und Herrschafften helfen zu schirmen, zu mehren und zu retten. darumb wir — — mit einander wissentlich übereinkhomen ainer solcher Pindtnüsse — — daß auf idtwedern Theil wir und alle unsere Erben ewigklich mit allen unsern Landen — — bei einander als ein Persohn, das ist als gleiche Besitzer gemainer Lande beleiben und einander — mit aller Macht gerathen und geholffen seyn sollen und wollen u. s. w.

In der Erbverbrüderung, welche die Landgrafen zu Hessen einer Seits und die Landgrafen von Thüringen und Markgrafen von Meißen auf der andern Seite im Jahre 1373. aufrichteten, bekennen die Fürsten, daß sie sich mit ihren Landen und Leuten „verbrüdert und gütlich vereint haben" [23]. Die kaiserliche Bestätigung erfolgte noch in demselben Jahre; in der Einleitung dazu sagt der Kaiser [24], daß sich die Fürsten ihre Länder u. s. w.

luterlich, recht und redlichen an einander vormacht und gegeben haben, und ir itweder der obgenanten Teilen den andern Teil zu in zu rechten Mitgeerben und Gemeiner seines Fürstenthums, Herschaffte, Lande, Stete, Vesten, Lüte, Gütern und iren Zugehörungen entphangen und gentzlichen genomen had.

Die Bestätigung wurde hier so beschafft, daß die Parteien ihre Länder dem Kaiser zu Lehen auftrugen, und von ihm dieselben zur gesammten Hand zurück empfingen. Daß dieß bloß als eine Form angesehen wurde, ergiebt sich

23) S. J. J. Moser, teutsches Staatsrecht. Theil 17. Buch 3. Kap. 85. p. 21. ff.

24) a. a. O. p. 23. ff.

aus dem Inhalt der so eben abgedruckten Stellen, und namentlich aus dem Umstande, daß die Fürsten schon vor dem Lehnsauftrag ihre beiderseitigen Unterthanen dem Gegentheil die Erbhuldigung hatten thun lassen, auch selbst die Erbverbrüderung beschworen hatten. Doch sieht man aus den Verhandlungen auf dem westphälischen Friedenscongreß über die kaiserliche Confirmation der sächsisch-hessischen Erbverbrüderung [25]), für wie wichtig man noch damals diesen Act für die Sicherheit derselben hielt.

Im Jahre 1457. ward die erwähnte Erbverbrüderung erneuert, und Brandenburg trat ihr jetzt bei. Auch in der hierüber ausgestellten Urkunde [26]) ist die oben bezeichnete Wirkung des Geschäftes noch angedeutet: daß sie sich, heißt es, „in dem besten erblichen verbrüdert, gütlich vereinet, zusammen gethan." — Aehnlich lauten die Worte in der Erneuerung von 1555 [27]):

> Verneuern die, verbrüdern, vereinigen Uns und thun Uns zusammen, thun auch gemelte Auf- und Uebergabunge gegen einander gegenwärtiglich in und mit Kraft dieses Brieffes in der allerbeständigsten Form, Weise und Maaß als solches jure publico militari und sonst zu Recht geschehen kan und mag.

Doch scheint hier schon die damalige Lehre von den Erbverträgen durch, so daß die Bezeichnung des Geschäftes in der Erneuerungsurkunde von 1614. [28]) als „erbliche

25) S. Moser a. a. O. p. 72. ff.

26) S. Lünig, R. A. P. S. cont. II. Abtheilg. 4. Absatz 2. in suppl. p. 763.

27) S. Moser a. a. O. p. 40. ff.

28) a. a. O. p. 62. ff.

Brüderschafft, gütliche Vereinigung, Zusammensetzung, Auf- und Ubergab" zum Theil nur stereotyp gewordene Kunstausdrücke in sich schließt, ohne lebendige Beziehung auf die Form und das Wesen des Geschäftes.

Nach den angeführten Beispielen war der Zweck der Erbverbrüderungen die Zuwendung gegenseitiger Successionsrechte; aber um dieses zu erreichen, räumte man sich nicht bloß einen Anspruch auf die Nachfolge ein, sondern übertrug ein sogleich wirksames und gegenwärtiges Recht an dem Vermögen selbst. Dieser Grundsatz muß für die Beurtheilung der Erbverbrüderung im älteren Rechte festgehalten werden: wenn die eine Familie ausstarb, so trat die überlebende nicht nach den Regeln der Erbfolge ein, sondern aus eigenem Rechte, indem sie die früher beschränkte Herrschaft jetzt frei ausüben konnte. Deswegen durfte man, wenn keine besonderen Vereinbarungen getroffen waren über dasjenige Mitglied der verbrüderten Familie, auf welches das Vermögen des erloschenen Hauses übergehen sollte, sich nicht nach der Erbfolgeordnung richten, welche in diesem gegolten hatte; sondern wer in dem fortblühenden Hause als das Haupt der Familie das Regiment führte, mußte es auch für die ledig gewordenen Besitzungen erlangen. Denn die Fiction eines gemeinschaftlichen Stammvaters lag dem Geschäfte auf keine Weise zum Grunde. Das soll aber natürlich mit dem vorher Gesagten nicht angedeutet seyn, als träte, wenn das eine der verbrüderten Häuser ausstürbe, eine Incorporation ein; es liegt dann vielmehr nur ein Dynastiewechsel vor, dessen Folge eine Personalunion.

Eine Folge des festgestellten Princips ist darin deutlich zu erkennen, daß, sobald die gegenseitigen Rechte feier-

lich constituirt waren, die Eingesessenen der einzelnen Länder den verbrüderten Herren Erbhuldigung leisteten [29]), in ähnlicher Weise, wie es geschah, wenn Städte oder Herrschaften den Frauen zu Witthum übertragen waren [30]); und daß Titel und Wapen der verschiedenen Häuser gemeinschaftlich wurden, insofern sie sich auf die verbrüderten Länder bezogen. Moser [31]) glaubt zwar nicht, daß sich dieses aus dem Wesen des Geschäftes ergebe; aber er geht überhaupt bei der Beurtheilung desselben einseitig von dem Begriff eines Vertrags aus, auf welchen dieses Institut im älteren Recht nicht fundirt war. Der Vertrag hatte ursprünglich nur die Kraft einer vorläufigen Vereinbarung.

Der Gegenstand der Erbverbrüderungen bestand regelmäßig aus der ganzen Ländermasse der betheiligten Häuser; doch kommen auch Abweichungen vor. So setzte in der Erbverbrüderung zwischen Brandenburg und Pommern vom Jahre 1571. ersteres nur einen bestimmten Theil seines Gebietes aus, während pommerscher Seits alle Besitzungen in die Verbrüderung hineingezogen wurden [32]). — Die gegenseitige Zuwendung ging aber nicht bloß auf die Länder und Güter, welche zur Zeit der Abschließung bei den verschiedenen Häusern waren, sondern auch auf den künftigen Erwerb. Doch darf man dieses nicht in der

---

29) Davon sind schon oben Beispiele vorgekommen. Vgl. Moser a. a. O. S. 158.

30) S. Gercken. cod. dipl. brandenb. I. No. 32. (a. 1369.) — Weret dat di Land di uns ghehuldet hebben thu Lipgedinge —. cod. VI. No. 146. (a. 1369.) — Guden. cod. dipl. V. p. 426. (a. 1460.) — p. 451. (a. 1470.)

31) a. a. O. p. 157.

32) a. a. O. p. 112. ff.

Ausdehnung verstehen, als wenn ein ganzes geschlossenes Territorium, welches einem Theile etwa zufallen mochte, ohne weiteres in den Verband gekommen sey. Meißen, Thüringen und Hessen richteten 1373. die Uebertragung auf alle Fürsten- und Herzogthümer mit Landen und mit Leuten, die sie schon hatten oder noch gewinnen möchten; als aber die Kur und das Herzogthum zu Sachsen später an Meißen gekommen war, wurde bei der Erneuerung der früheren Erbverbrüderung im Jahre 1431. ausdrücklich bestimmt, daß das Herzogthum Sachsen vorläufig davon ausgeschlossen sey.

Doch nemen Wir — aus das Land zu Sachsen, das Wir hinder dem Reich also nicht Macht haben zu verbrüdern; idoch sollen und wollen wir bei Unserm gnedigsten Herrn, dem Röm. König und dem Reich ernstlichen, sunder alles Geverde, bearbeiten und getrawlichen versuchen: ob wir das Land zu Sachsen in dise Unsere Brüderschafft auch also bringen mögen [33].

Das Gesammteigenthum, welches den verbrüderten Häusern an den gemeinschaftlichen Besitzungen zustand, verhinderte streng genommen jede einseitige Veräußerung. Aber natürlich siegte hier die besondere Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses: es konnte demselben nicht der Zweck unter liegen, die Herrschermacht fürstlicher Familien auf lange Zeit, ja für den einen Theil während seiner Existenz auf eine peinliche Weise zu beschränken. Nur die einseitige Abtretung von Theilen des verbrüderten Gebietes und die dolose Veräußerung anderer Sachen erschien wohl in jedem Fall dem Zweck des Instituts und dem guten Glauben entgegen. Deswegen ist auch in einer Erbver-

---

33) a. a. O. S. 29. ff.

brüderung von 1403. den Parteien die freie Handhabung ihrer Gewalt zugestanden; aber das dem Verhältniß zum Grunde liegende Princip wurde doch insoweit aufrecht erhalten, daß eine Veräußerung nur gestattet wurde "zu ihren Nöthen ohne Gefehrde" [34]); und als Brandenburg die oben erwähnte Erbverbrüderung mit Pommern schloß, wurde ausdrücklich dabei erwähnt, daß Sachsen und Hessen, die mit Brandenburg verbrüderten Häuser, darein gewilligt hätten, für den Fall, daß das brandenburgische Haus früher erlöschen sollte [35]), einige Besitzungen den pommerschen Landen entgegen zu setzen.

---

34) S. Lünig, R. A. P. S. cont. II. Abtheilg. 4. Absatz 2. p. 198.

35) S. oben Note 32.

Zweiter Abschnitt.

Ueber die Vergabungen von Todes wegen durch die einseitige Willenserklärung des Disponenten und die Auflassung an einen Salmann.

§. 14.

Von der Stellung der Testamente zu den deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen.

Mit dem Wort Testament soll hier nicht die bestimmte Form des römischen Rechts bezeichnet werden, deren wichtigstes Moment die Einsetzung eines Erben war; auch die allgemeine Bedeutung von Urkunde und Zeugniß, welche das Mittelalter zuweilen damit verband, bleibt ausgeschlossen [1]). Es wird vielmehr hier unter Testament, im Gegensatz zu den bisher abgehandelten deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen, jede Zuwendung auf den Todesfall verstanden, welche auf der bloßen Willenserklärung des Disponenten beruhte, und von ihm widerrufen werden konnte. Der Sprachgebrauch des Mittelalters rechtfertigt diese Bezeichnung, welche in allen Perioden desselben für die genannten Geschäfte die gewöhnliche war.

1) S. Ducange s. v. testamentum. — Heineccii elementa juris germ. lib. II. §. 155. 180. — Gercken, vermischte Abhandlg. Theil 2. Nr. 5.

Dieß wird sich schon aus der folgenden Erörterung ergeben; vorläufig mögen ein paar Stellen aus dem canonischen Recht zum Beweise dienen [2]).

Hält man nun diese beiden Arten der Zuwendungen von Todes wegen zusammen, so ergiebt sich leicht die große Verschiedenheit, welche zwischen denselben besteht. Selbst der freiesten Form, wozu das deutsche Recht gelangte, der Auslobung von fahrender Habe auf den Todesfall, fehlte noch Vieles, um jenen testamentarischen Dispositionen gleich zu kommen: sie mußte regelmäßig vor Gericht geschehen, war nicht einseitig, gab ein sogleich wirksames, wenn auch bedingtes Recht, welches durch Pfand und Bürgen gesichert werden konnte, und wo die Widerruflichkeit gestattet war, mußte sie doch für jeden einzelnen Fall besonders ausbedungen werden. — Jene beiden Institute weichen von einander ab im Princip und auch in ihrer Quelle: die einseitigen letzten Willensordnungen sind nicht aus dem deutschen Rechte hervorgegangen, sondern dem römischen entlehnt oder nachgebildet worden. Sie zeigen sich zuerst bei den Völkerschaften, welche durch ihre Eroberungen mit den Römern in eine dauernde Verbindung kamen; wurden später von der Geistlichkeit fortgeführt, und erlangten wieder eine allgemeinere Geltung, als durch das erneuerte Studium des römischen Rechts dessen Reception vorbereitet wurde. Die organische Verschiedenheit ließ eine Vermischung mit den im vorigen Abschnitt behandelten deutschrechtlichen Vergabungen nicht zu, die, wo sie sich zeigt, in der Regel nur eine Folge des Mißverständnisses war; beide laufen vielmehr in abgeschlossener Haltung neben einander her, bald friedlich in ange-

---

2) S. cap. 8. 10. 17. X. de testamentis.

messener Abschränkung, bald sich bekämpfend. — Das Wesen und die Stellung der testamentarischen Verfügungen soll hier in so weit untersucht werden, als nöthig ist, um durch ihre Ausscheidung für die genannten Geschäfte des deutschen Rechts eine schärfere Grenze zu ziehen.

Es läßt sich annehmen, daß die Leichtigkeit, mit welcher die Bestimmungen des durch die Eroberung bekannt gewordenen römischen Rechts von den Deutschen angenommen wurden, größtentheils von dem Bedürfniß und den Lücken des einheimischen Rechts abhing. Weil nun die Franken in der Affatomie eine ausgebildete Form besaßen, Vergabungen von Todes wegen zu beschaffen; so erklärt sich daraus, daß ihre beiden Gesetzbücher von Testamenten noch nichts wissen. Sollte man aber auch geneigt seyn, den Grund des Schweigens in dem hohen Alter dieser Rechtsquellen zu suchen; so paßt jene Bemerkung doch gewiß auf die Longobarden, welche sich ihr Thinx bewahrten, wenn sie auch einige Modificationen durch das römische Recht zuließen, und nur für die Vergabungen zu frommen Zwecken simple letzte Willensordnungen gestatteten [3]. — Andere Völkerschaften, bei denen jene Institute anfangs nicht so ausgebildet erscheinen, nahmen die Testamente in ihr Volksrecht auf, und ließen allgemein ihre Anwendung zu: so die Burgunder [4], die Westgo-

---

3) S. oben §. 8.

4) L. Burgund. tit. 43. 1. — hoc ordine in populo nostro donationes factae et testamenta valebunt, ut quinque aut septem testes donationi aut testamento, prout possunt, aut signa aut subscriptiones adjiciant. Quod si minor testium numerus interfuisse probetur, facta donatio aut conditum testamentum nullam habere poterit firmitatem. 3. In aliis vero, hoc est in minoribus, tres idoneos testes jubemus admitti.

then [5]) und die Baiern [6]). — Das kann mit Sicherheit nicht angegeben werden, in welcher Maaße man den Vorschriften des römischen Rechts über Form und Inhalt der Testamente treu blieb, oder davon abwich. Es kommen allerdings Beispiele vor, daß in Testamenten, die von Laien gemacht sind, römische Formeln und Formen angewandt wurden [7]): aber eine consequente Durchführung römischer Grundsätze darf man dieser Zeit überhaupt nicht zutrauen, zumal in den Fällen, wo ein Geschäft nicht in den Händen der Römer lag [8]). Das burgundische Gesetz enthält indessen eine Stelle, welche den Gesichtspunkt andeutet, den man fest halten muß, um die Zuwendungen des deutschen Rechts von denen des römischen zu unterscheiden.

L. Burgund. tit. 60. 1. — — Ceterum si quis posthaec barbarus vel testari voluerit vel donare, aut romanam consuetudinem aut barbaricam esse servandam sciat, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit, id est, aut scripturis legitimis, quod largiri cuicunque voluerit, teneatur: aut certe quinque ingenuorum testimonio, quod dimittere voluerit vel

5) L. Wisigoth. lib. II. tit. 5. c. 1. — lib. IV. tit. 2. c. 19.

6) L. Bajuv. tit. 14. c. 9, 3. Si autem maritus ejus, qui nec filios nec filias nec nepotes nec pronepotes nec ullum de propinquis habet, sed in uxorem *aut donatione aut testamento* sive partem sive omnes contulerit facultates, et haec deinceps in viduitate persistit, et memoriam mariti cum pudicitia castitatis observat, omnia quae a marito ei sunt donata possideat, et ea in quem voluerit pro suo jure transfundat.

7) S. z. B. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im MA. II. §. 38. S. 110. §. 41. S. 119.

8) Vgl. Eichhorn, St. und RG. I. §. 202.

donare, robur accipiat, et in ejus, cui res deputata fuerit, jura commigret.

Hier sind Testament und Vergabung einander gegenüber gestellt, jenes als ein römisches, dieses als ein deutsches Geschäft; das letztere ist so bezeichnet, daß mit ihr die Tradition vor Zeugen verbunden werden mußte, — ein Act, worunter für Grundstücke die Auflassung, für die fahrende Habe aber die sogleich beschaffte Uebergabe derselben zu verstehen ist [9]. — Auch in den fränkischen Formelsammlungen kommen Beispiele von Zuwendungen vor, welche, obgleich von Barbaren gemacht, doch nicht auf die Grundsätze des deutschen Rechts zurückgeführt werden können. Entweder zeigen diese Formeln, wie überhaupt die Einsetzung eines Erben beschafft werde [10], oder sie enthalten Beispiele davon, wie man sich mit Hülfe des römischen Testaments von lästigen Bestimmungen des einheimischen Rechts frei machen könne. So setzt in einer markulfischen Formel der Vater seine Tochter zur Miterbin seiner liegenden Gründe ein [11], und in einer andern wendet er den Enkeln die Vortheile des Repräsentationsrechtes zu [12]. So weit solche Verfügungen, welche meistens unter dem Einfluß der des römischen Rechts einigermaaßen kundigen Geistlichen gemacht wurden, dem geltenden Volksrechte entgegen standen, durften sie gewiß nicht den Schutz der Gerichte in Anspruch nehmen; aber die Bannformeln, der Einfluß der Geistlichkeit und andere Umstände mögen sie häufig genug aufrecht erhalten haben.

---

9) Ueber die Auflassung vor Zeugen s. oben §. 4. S. 40. ff., und über die Zahl der Zeugen §. 8. S. 130. ff.

10) S. z. B. App. Form. Marculfi 47.

11) Form. Marculfi II. 12.

12) eod. II. 10.

Als in Deutschland die geschriebenen Volksrechte außer Gebrauch kamen, hörten auch die Testamente unter den Laien auf: sehr weit hatten sie sich wohl überhaupt nicht verbreitet. Selbst die Geistlichen schlossen sich, wie man aus den jene Zeit umfassenden Urkundensammlungen sieht, in ihren Vergabungen meistens an das einheimische Recht an [13]), indem sie es wohl nicht immer vermochten, sich die Kunde und die Anwendung des römischen zu bewahren, obgleich sie vorzugsweise darauf hingewiesen waren. Aber dieser Grundsatz, wenn auch in der Anwendung eine Zeitlang geschwächt, blieb doch als solcher bestehen, und bewirkte es, daß, als man sich mit frischem Eifer dem Studium des römischen Rechts zuwandte, die erste Anwendung der gefundenen Resultate auf die Rechtsverhältnisse der Geistlichkeit gemacht wurde. Befördert wurde dieses noch durch die unterdessen erstarkte Macht der römischen Curie, in deren Interesse es lag, den Geistlichen ihr besonderes Recht zu bewahren. — Seitdem pflegten sich diese wieder häufiger der Testamente zu bedienen, um Zuwendungen auf den Todesfall zu machen; sie hielten sich aber weder in Form noch Inhalt streng an das römische Recht. Ersteres, weil die canonische Legislation mehr auf den bloßen Beweis der Zuwendung sah, als auf die Beobachtung der römischen Sollemnität [14]), und die Sitte aufgekommen war, die Ausführung der Verfügungen dritten Personen zu übertragen (s. unten §. 16.). Was den Inhalt anlangt, so fehlte gewöhnlich

---

13) Vgl. cap. 1. X. de successionibus ab intestato. Sed hoc ibidem inventum est de episcopis, presbyteris et clericis, ut, si per hereditatem vel alio modo intuitu personae aliquid acquisierint, *donare eis liceat* cui voluerint, dum vivunt. — Die Stelle ist einem Concilienbeschluß vom Jahre 917. entnommen.

die Einsetzung eines Erben, weil man nicht über das ganze Vermögen oder eine Quote desselben zu testiren pflegte: denn der Theil, worüber die Geistlichkeit frei verfügen konnte, war überhaupt zum Besten der Kirche sehr beschränkt. Regelmäßig bestand das ganze Testament in einzelnen Vermächtnissen, welche den Bedachten nach dem Tode des Testators ausbezahlt wurden [15]. — Zwei Grundsätze aber wurden als wesentliche Abweichungen vom deutschen Recht festgehalten: die Verfügung über den Tod hinaus durch einseitig gefaßte simple Willensordnung und die Widerruflichkeit derselben. Zwischen diesen Testamenten und den deutschrechtlichen Vergabungen stand der Geistlichkeit die Wahl frei; daher heißt es in einer letztwilligen Verfügung [16]: — quia invalitudine corporis oppressus patrimonium meum jure proprietatis conferre non poteram, confero eam ore et scripto.

Fast ganz nach denselben Grundsätzen bildeten sich unter dem Einfluß der Geistlichkeit die Seelgeräthe aus, letztwillige Verfügungen, worin über das Begräbniß des Disponenten das Nähere bestimmt wurde und Schenkungen zu frommen Zwecken „testamentweis" [17]) gemacht zu werden pflegten. Wenn keine Executoren ernannt waren,

---

14) cap. 4. 10. X. de testamentis.

15) S. z. B. das Testament des Erzbischoffs Johann von Trier (c. a. 1211.) bei Günther, cod. dipl. rheno-mosell. II. No. 21.; und des Erzbischoffs Peter von Mainz (a. 1319.) bei Guden, cod. dipl. III. p. 160.

16) Bei Guden a. a. O. II. p. 34. (a. 1218.)

17) Neugart. cod. dipl. Alem. II. No. 1021. Note b. (a. 1277.) W. von T. ritter gibt dem Gottshus testamentweis seine Guter zu N. für seiner und der Seinigen Seelen heille. — Guden. I. p. 769. (a. 1278.) — legavi sub nomine testamenti. — cap. 8. X. de testamt. — ratione testamenti —.

so galt eine solche Zuwendung für eine Schuld der Erben, welche daher auch wohl nach dem Tode des Disponenten Scheine ausstellten, worin sie die Schuld anerkannten und die Zahlung versprachen [18]). — Die Bequemlichkeit, solche Anordnungen durch eine simple letztwillige Verfügung zu treffen, das Recht des Widerrufs, welches mit ihnen verbunden war, und das Beispiel und der Einfluß der Geistlichkeit, welche den Testamenten aus leicht begreiflichen Gründen überhaupt hold war, führten zu einer weiteren Ausdehnung dieser Geschäfte, indem die Laien anfingen, nicht bloß zu frommen Zwecken, sondern auch ihren Freunden und Verwandten Zuwendungen der angegebenen Art zu machen. Dieses wurde sehr befördert durch den Umstand, daß die canonische Legislation die Testamente vor die geistlichen Gerichte zu ziehen suchte [19]). Aber solche Willensordnungen standen im directen Widerspruch mit dem einheimischen Rechte, welches durch sie in seinen Grundfesten bedroht wurde. Die einseitige Verfügung über den Tod hinaus war ihm überhaupt fremd, um wie viel mehr die in der Schwachheit auf dem Todbett beschaffte, wo sehr häufig die Testamente erst angeordnet wurden. Denn im allgemeinen galt der Grundsatz, daß nur der,

18) Günther. l. c. III. 1. No. 121. (a. 1324.) Nos L. de S. — profitemur —, quod nos filii nostri et heredes nostri tenemur et efficaciter sumus obligati religiosis viris — in LX. libris H. quas — H. — quondam noster dilectus conthoralis et maritus in suo testamento et voluntate ultima de nostro beneplacito et assensu pro suo anniversario — dari constituit et legavit, et in C. libris quas — J. — nostri conthoralis genitor — eisdem — in suo testamento et voluntate ultima pro suo anniversario similiter dari constituit et legavit — . — eod. II. No. 340. (a. 1291.) — Guden. l. c. II. p. 219. (a. 1280.)

19) cap. 3. 6. 17. X. de testamentis.

welcher noch den freien Gebrauch seiner Glieder hatte, eine Vergabung machen konnte [20]); es war schon eine Abweichung, daß ohne dieses Requisit jemand über eine geringfügige Summe (fünf oder drei Schillinge) disponiren durfte [21]). Dadurch aber, daß der Testator nach dem fremden Rechte nicht an die Einwilligung der nächsten Erben gebunden war, kamen die anerkannten Rechte derselben in die größte Gefahr. — Aus den angeführten Gründen trat das fremde Recht dem einheimischen in dieser Lehre feindlich entgegen, und es kam nur darauf an, wie sich beide gegen einander stellen würden. Das Resultat war verschieden. Entweder man verwarf geradezu das fremde Princip, oder man faßte es auf und benutzte es, suchte es aber zum Theil mit den übrigen Einrichtungen und Rechtsvorschriften möglichst in Uebereinstimmung zu bringen.

Ob der Verfasser des Sachsenspiegels in dem Artikel, welcher von der Uebertragung der Grundstücke und fahrenden Habe handelt [22]), absichtlich die testamentarischen Ver-

20) S. Sächs. Landr. I. 52. §. 1 und 2. und die Glosse dazu. — Schwäb. Landr. Art. 384. — Lübsches Recht von 1240. Art. 161. — Schöffenurth. von 1404. bei Bodmann, rheing. Alterth. II. S. 648. — Vgl. Albrecht, Gewere S. 202. Note 513. — Die hinzukommende Einwilligung der Erben half freilich über dieses Hinderniß hinweg. S. Schöffenweisth. hinter Zobel's Sachssp. I. 12, 2. und die Stellen in der folgenden Note.

21) Verm. Sachssp. I. 14, 3. — Sächs. Weichb. Art. 65. — Recht der Stadt Magdeburg von 1304. §. 24. bei Tzschoppe und Stenzel, Urkundensammlung u. s. w. p. 455. — Berner Stadtrecht von 1218. art. 43. in H. Schreiber's Urkundenbuch der Stadt Freiburg I. p. 38.

22) Sächs. Landr. I. 52. §. 1. 2. — Im Norden erhielten die Seelgeräthe (Sjaelegaver) schon früh die gesetzliche Sanction. Vgl. Kolderup — Rosenvinge, Grundrids af den danske Retshistorie. I. §. 129. (Anden Udgave. Kjoebenhavn 1832.)

fügungen als dem Landrecht fremd, übergangen hat, oder ob eine Anwendung derselben unter den Laien ihm nicht bekannt war, — das kann schwerlich entschieden werden. Jedenfalls faßte der Papst später die darin enthaltenen Bestimmungen auf, und reprobirte sie, insoweit sie sich auf Almosen, Testamente und andere fromme Werke bezogen [23]). Daß die Testamente hier zu den frommen Werken gerechnet sind, wird nicht auffallen, wenn man sich an die früher gemachte Bemerkung erinnert, daß die ersten testamentarischen Dispositionen der Laien in Seelgeräthen bestanden. — Schon früher eiferte die Geistlichkeit gegen die deutschrechtlichen Vergabungen, z. B. Erzbischoff Wicbold von Kölln (a. 1300.) und Peter von Mainz (a. 1311.), welche, indem sie jene Geschäfte als "consuetudo que sit contraria rationi et contra jura canonica et civilia" bezeichneten, den Testamenten des gemeinen Rechts eine allgemeine Gültigkeit beilegten [24]). — Die magdeburgischen Schöffen kämpften indessen unbefangen gegen das fremde Recht an; s. oben §. 11. Note 10. — An andern Orten ließ man die Testamente zu, beschränkte sie aber auf verschiedene Weise. Nach dem alten lübschen Rechte konnte z. B. nur über wohlgewonnenes Gut testirt werden, und der Disponent mußte noch eine gewisse Körperkraft zeigen [25]); nach dem Stadtrecht von Goslar war

---

23) Isti enim duo articuli sunt erronei, in quantum eleemosynas, testamenta et alia pia opera respiciunt, — heißt es in der Bulle Gregor's XI. von 1374., welche hinter Gärtner's Sachsenspiegel p. 528. ff. abgedruckt ist.

24) S. Bodmann's rheing. Alterth. II. p. 648.

25) Lübsch. Recht von 1240. (in Westphahlen. mon. ined. III. p. 637. sqq.) Art. 161. Van testamenten. So we sin testament maket de scal it doen in twier ratmanne antworde. wante

ebenfalls das wohlgewonnene Gut Gegenstand der Verfügung, das Testament selbst mußte aber vor den Rath gebracht werden, welcher die Vertheilung zu besorgen hatte, und den Betrag der Zuwendung zum Besten der Erben verkürzen oder sie ganz streichen konnte [26]); in Andernach durfte, wenn Mobilien vorhanden waren, nur über diese verfügt werden [27]). Kopp [28]) und Heineccius [29]) haben weitläuftig über dergleichen Beschränkungen der Testamente gehandelt.

Das Resultat der vorgelegten Untersuchung geht darauf hinaus, daß die Testamente, welche im Mittelalter vorkommen, nicht deutschen Ursprungs sind, sondern dem

---

wo he it voget vor en van sineme gewunnenen gude, dat blift stede. wert den dar na twist van deme testamente, so wes sic de ratman de dar over weren, begripet bi ereme edhe, oder er en na des andern dodhe, dat dar geschen si, dat schal stede bliven. Begripet se oc sic bi ereme edhe, dat he mechtich were siner sinne unde en mark punt wegen mochte do he sin testament makede, so blift it al stede. dar men der ratman nicht ne mach hebben, dar mogen twe besetene lude betugen en testament van tein marken sülvers unde dar beneden.

26) Goslar. Stadtrecht (in Leibnit. S. S. rerum brunsv. III. p. 487.) Art. 59. En mach van sineme ghewunnen gud Testament setten, he si gesund eder in sückebedden, unde dat Testament scholde me bringen vor den Rad, wat de des over geven dat schall also gan, wat se des over nicht over en geven, dat ervet ghelick alse ander gud, dar nein Testament van ghesat ne is. — Vgl. Albrecht, Gewere S. 216. Note 564.

27) S. die Verordnung des Erzbischoffs Heinrich von Kölln für Andernach vom Jahre 1320., bei Günther, cod. dipl. rheno-mosell. III. 1. No. 106.

28) De testamentis Germanorum judicialibus. — Vgl. oben §. 6. Note 46.

29) De testamenti factione jure germanico arctioribus limitibus circumscripta. in opp. tom. II. p. 929. sqq.

fremden Rechte angehören, dessen Vorschriften über dieses Institut freilich nach dem Vorgange des geistlichen Rechts häufig genug verlassen wurden. Im allgemeinen kann es nun auch nicht bezweifelt werden, daß diese Ansicht die richtige ist; für einzelne Fälle hat man jedoch eine abweichende Meinung aufgestellt. Eichhorn [30]) hält die Testamente, welche in den älteren Stadtrechten vorkommen und vor den Rathmannen errichtet werden dürfen, ohne Ausnahme für die alten deutschen „Geschefte"; und Albrecht [31]) glaubt annehmen zu müssen, daß Testament in diesem Falle die gemeinschaftliche Bezeichnung des Erbvertrags (der deutschrechtlichen Vergabung von Todes wegen) und der einseitigen Willenserklärung sey. Er ist aber schon vorher zu der Ansicht gelangt, daß die einseitigen, ihrer Natur nach widerruflichen letztwilligen Verfügungen sich auch im deutschen Recht auf eine organische Weise entwickelt haben. — Beide Punkte verlangen eine besondere Erwägung, und zwar der letzte zuerst.

Es ist schon früher gezeigt worden, daß man in späterer Zeit die fahrende Habe vor Gericht auf den Todesfall ausloben konnte, und zwar nach dem magdeburger Schöffenrecht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des Widerrufs [32]). Als die Fortführung einer solchen Zuwendung sieht Albrecht nun jene letztwilligen Verordnungen an. Der große Abstand, welcher zwischen beiden Instituten besteht, kann nicht verkannt werden, (s. oben S. 243.) es fragt sich nur, auf welche Weise der genannte Gelehrte

30) St. und RG. III. §. 455. Note c. — Uebrigens verstand man unter "Geschäfft" doch vorzugsweise die dem fremden Recht nachgebildeten letzten Willensordnungen. Vgl. oben §. 9. Note 13.

31) Gewere S. 209. ff.

32) S. oben §. 11. Note 15.

sie mit einander in Verbindung gebracht hat. Sein Beweis ist darauf basirt, daß sich in Quellen, denen eine vertraute Bekanntschaft mit dem römischen Rechte abging, zwei Beispiele von einseitigen letztwilligen Verfügungen finden. Aber das erste, welches er anführt, ein Schöffenurtheil [33]), paßt gar nicht hierher. Der Fall ist dieser:

> Ein man hett ein jungfrawen zu der ehe genommen, und morgengabet ihr zehen marck. darnach gewünnet er mit ihr zwei kinder, so das er mit ihn ginge für geheget ding ohn der frawen willen und wissen — —. da geb er der genanten frawen für die **genanten zehen marck und für alles, das ihr nach seinem todte folgen solt**, fünff marck, und die fraw were nicht gegenwertig. darnach hette er aber kinder mit der frawen und stürb. unnd die fraw fodert ihre erste morgengab, zehn marck. So sprechen deß todten mannes freunde, sie solt nicht mehr haben, dann die letzte gab, fünf marck. — — Ob nu der frawen ihr erste morgengab folgen und bleiben sol oder umb sache der empeeren sol oder die letzten fünf marck nemen müsse oder was recht sey? Hierauff sprechen wir für recht: Hat der man der frawen die zehen marck zu morgengab gegeben sonder unterschied, und er ihm daran keine gewalt behalten hat in gehegtem dinge, so sollen ihr die zehen marck folgen und bleiben und auch die fünff marck, die er ihr darnach gab.

Daß der Frau auch die fünf Mark zugesprochen wurden, konnte offenbar seinen Grund nicht in des Mannes Willenserklärung haben, denn er wollte ihr ja nicht beide Gaben zuwenden, sondern nur die spätere, geringere statt

33) Schöffenurth. hinter Zobel's Sachssp. I. 11, 3.

der größeren: es war also seine Absicht, ihr etwas zu entziehen. Darum muß eine besondere Veranlassung vorgelegen haben, warum die Schöffen der Frau auch die fünf Mark, worauf sie gar nicht angetragen hatte, zuerkannten. Höchst wahrscheinlich sollte es eine Strafe des Dolus seyn. Der Mann hatte der Frau die Hälfte der Zuwendung entzogen in ihrer Abwesenheit, ohne ihr Wissen; in der Vertheidigung führt sie außerdem noch an: „auch so hett ich nicht getorst vor furcht meines mannes dawider sprechen." Die Schöffen mochten es für angemessen halten, eine solche indirecte Aufhebung der an sich unwiderruflichen Vergabung nicht bloß für ungültig zu erklären, sondern auch als betrügerisch zu ahnden; ihre freie, auf dem Vertrauen der Mitbürger gestützte Stellung konnte sie dazu bewegen, auch wenn sie nicht als Criminalgericht Recht sprachen. Zwar traf die Strafe hier die Erben, aber das waren ja vermuthlich eben die Kinder, welche bei dem dolosen Geschäft zugegen und thätig gewesen waren.

Die andere Beweisstelle hat Albrecht dem freiberger Stadtrecht entlehnt [34]). Sie lautet so:

Swelch man also sinnik und also selic ist, daz he sin dinc setzet und berichtet bi sime lebendigem libe und di wile he bi guten sinnen ist und ouch mit redehafter zunge wizzentliche dem richter und erhaften luten oder joch sinen vrunden oder sinen guten nakeburen, he lige oder sitze. daz hat craft und bestet billiche und mit rechte, ab he denne abe get. Ist iz aber daz he wider ufkumit des legirs, so tut he wol welchiz he wil. — — Quem iz also verre daz di, di sich des erbes underwunden, daz sie nicht geben wolden daz he also wiz-

34) S. Schott's Sammlungen Theil 3. p. 171.

zentlichen bescheiden hette, — — welcher denne daz bewisen mac mit zwen erhaften besezzenen mannen, di darubir gewest sin, daz he iz in beschit — daz sal man im billicher geben und leisten uz dem erbe, wen im imant davor geloufenen moge.

Hält man diese Stelle mit denen anderer Statute zusammen, welche von den Testamenten handeln, so liegt der Hauptunterschied darin, daß hier das Wort Testament nicht vorkommt, was offenbar keinen Ausschlag geben kann. Darum glaube ich unbedenklich, hier eine dem römischen Recht entlehnte letztwillige Disposition zu erkennen, deren Widerruflichkeit unbeschränkt erscheint, wenn man, nach dem Zusammenhang der Stelle annimmt, daß sie auf dem Krankenbette gemacht wurde. Eine vertraute Bekanntschaft mit dem römischen Rechte braucht für diese Interpretation nicht vorausgesetzt zu werden, da, wie oben gezeigt ist, jenes Institut hauptsächlich durch die Vermittlung des geistlichen Rechts Eingang bei den Laien gefunden hat [35]. — Nach Allem scheint mir der Beweis, den Albrecht für seine Ansicht zu liefern gesucht hat, nicht gelungen zu seyn.

Schwieriger ist es, den zweiten Punkt zu erledigen, und festzustellen, ob unter dem Testament der älteren Stadtrechte nicht auch zuweilen die deutschrechtlichen Vergabungen begriffen sind: denn Eichhorn's Ansicht, der ihnen hier ausschließlich diesen Namen vindicirt, glaube ich schon durch das Vorhergehende widerlegt zu haben. Doch scheint allerdings im alten lübschen Recht der Um-

---

35) Vgl. Schwäb. Landr. Art. 257. §. 12. — Augsburger Stadtrecht von 1276. Art. 347. in Walch's vermischt. Beiträgen Theil 4. S. 331.

stand, daß die Gültigkeit des Testaments von dem sonst bei den deutschrechtlichen Vergabungen nöthigen Requisit einer gewissen Körperkraft abhängig gemacht ist, auf diese Geschäfte hinzuweisen [36]). Dieser Einwand wird aber durch die Bemerkung geschwächt, daß der damaligen Zeit der Wunsch gar nicht fern liegen mochte, die fremden Geschäfte möglichst in den Kreis der einheimischen, welche ihnen verwandt waren, zu bannen. Man findet viele Beispiele von Testamenten, welche unzweifelhaft dem fremden Recht nachgebildet sind, und worin doch die Körperkraft, deren sich der Disponent bei der Anordnung erfreute, besonders hervorgehoben ist [37]). Was aber gerade bei dem zur Frage stehenden Geschäft des lübschen Rechts für dessen fremden Ursprung spricht, ist 1) der Umstand, daß dasselbe allgemein über wohlgewonnen Gut errichtet werden kann, also auch über Immobilien von dieser Beschaffenheit. Die Form des Geschäftes weist aber gar nicht auf eine Auflassung hin, welche sonst nach diesem Statut zur Uebertragung von Grundstücken durchaus nothwendig war [38]). 2) Es läßt sich mit ziemlicher Gewißheit nachweisen, daß das lübsche Testament widerruflich war [39]): dieses widerstrebt aber ganz dem Princip der deutschrechtlichen Vergabungen. 3) Im Testament konnten auch Vor-

---

36) S. oben Note 25.

37) S. z. B. Guden. p. 160. (a. 1319.) — sani mente et corpore —. — p. 173. (a. 1319.) — p. 211. (a. 1323.) — compos mentis et corporis —. — p. 216. (a. 1324.) — sanus corpore et mente compos —.

38) Lübsch. Recht v. 1240. Art. 115. — cod. II. Art. 59. bei Brockes, selectt. observtt. S. oben §. 6. Note 36.

39) Lübsch. Recht von 1240. Art. 200. S. Albrecht a. a. O. S. 213. Note 554. und 555.

münder bestellt werden [40]), was sich mit dem einheimischen Geschäft nicht verbinden ließ.

Außer dem, was bisher angeführt ist, haben mich aber besonders folgende Gründe bewogen, auch die Testamente der älteren Stadtrechte auf das fremde Recht zurückzuführen.

1. Testament wird in der Rechtssprache des Mittelalters wohl jede Urkunde genannt; aber als technische Bezeichnung eines bestimmten Geschäfts, wie es in dem hier behandelten Fall vorkommt, habe ich es nur im Sinne des fremden Rechts gebraucht gefunden.

2. Die Rathmänner und erbgesessenen Bürger, vor welchen nach dem lübschen Rechte und anderen Statuten die Testamente gemacht wurden, können füglich als Ersatz des Pfarrers und der Zeugen angesehen werden, welche nach dem canonischen Rechte zur Gültigkeit hinreichten [41]). Diese Abweichung erscheint sehr natürlich, da in jenen Rechten der Beweis jeder Schuld nach todter Hand durch die genannten Personen geführt werden mußte [42]).

3. In einigen Statuten stehen die Testamente entweder im Gegensatz zu den Grundsätzen, welche für die deutschrechtlichen Vergabungen anerkannt sind, oder beide Institute laufen in ihrer Eigenthümlichkeit neben einander her. Das Erste ist der Fall im Stadtrecht von Goslar. Im Art. 57. ist der Grundsatz des alten deutschen Rechts anerkannt, daß eine Vergabung nur durch die sogleich beschaffte Tradition Gültigkeit erlange; der Art. 58. enthält die hiermit

40) Lübsch. Recht von 1240. Art. 185. de sin testament maket. So war en man sin testament maket, unde vormunden set u. s. w.

41) cap. 10. X. de testamentis.

42) S. Albrecht a. a. O. S. 213. Note 553.

nicht zusammenhängende Bestimmung, daß der Sohn die ihm vom Vater gegebene Ausrüstung nicht zu conferiren braucht; dann folgt die oben (Note 26.) abgedruckte Vorschrift über das Testament, und im Art. 60. werden beide Institute, das des deutschen und des fremden Rechts, sich einander geradezu entgegengestellt [43]). — Dasselbe Verhältniß findet sich in dem bei Pufendorf [44]) abgedruckten wurster Landrecht: der dritte Titel läßt allgemein die Testamente unter besonderen Förmlichkeiten zu; im vierten Titel aber heißt es:

§. 1. Was einer bei Vollmacht seines Leibes, wann er noch gehet und stehet, vergiebt und würklich überliefert und von sich thut, das können die Erben nicht wieder fordern. §. 2. Aber was einer auf Todes=Fall vergiebt, oder Gabesweise vermacht, das sind die Kinder und andere Erben zu halten nicht schuldig — —.

In §. 3. und 4. wird dann noch besonders von den im Testament angeordneten Vermächtnissen zu frommen Zwecken gehandelt, — eine Zusammenstellung, die sich daraus erklärt, daß die Seelgeräthe als letztwillige Dispositionen früher Eingang fanden, als die Testamente im allgemeinen. — Aber auch in den Statuten, welche eine Vergabung ohne Tradition gestatten, ist dieses Geschäft von den Testamenten dadurch unterschieden, daß nur die letzteren widerruflich sind. Das zeigt sich in zwei Urtheilen des Raths von Bremen. Das erste entschied einen Streit über zwei Vergabungen, die verschiedenen Personen gemacht

---

43) Goslar. Stadtrecht Art. 60. (Leibnit. S. S. rerum brunsvicens. III. p. 487.) In sûkebedden mach en nicht vergeven ane erven loff. he mach aver Testament setten alse dût bock uth wiset. —

44) Observatt. I. app. No. II. p. 70. sqq.

waren, zu Gunsten der älteren [45]); das zweite erklärte von zwei Testamenten das zuletzt gemachte für gültig [46]). Beide Urtheile waren fast gleichzeitig: das erste vom Jahre 1339., das zweite vom Jahre 1340.

Dieser Gegensatz spricht es deutlich aus, daß beide Institute nicht dasselbe Recht zu ihrer Quelle haben konnten; denn die Entwicklung des einheimischen bis zu den testamentarischen Verfügungen mußte nothwendig die älteren, entgegenstehenden Grundsätze aufheben. Wenn man sich aber das Testament als ein fremdes, recipirtes Geschäft denkt, so konnte es bei der oft großen Unachtsamkeit und Unthätigkeit unserer Vorfahren in der Legislation leicht dahin kommen, daß die Bestimmungen des deutschen Rechts noch auf einheimische Institute zur Anwendung gebracht wurden, während einem Geschäft des fremden Rechts, obgleich ihrem Princip widerstrebend, die freie Bewegung vergönnt war.

---

45) S. G. Oelrich's vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der freien Stadt Bremen p. 220. No. 132. — den silve scele scedede wi —: dat men de vorbenomeden hantfesten dhe de sprich uppe H. R. unde sine brodere na des dat se eldere is, scal holden.

46) a. a. O. p. 226. No. 146. — den schele den schede wi —: Also di silve H. L. in sinen lesten sukebedde sin leste testament heft ghesed, des sine testamentere mit tughen vullenkomen moghen, also schal men dat holden

§. 15.

Von den Vergabungen durch Salmannen.

A. Von den Salmannen im allgemeinen.

Im vierten Paragraphen dieser Abhandlung ist gezeigt worden, daß bei der Uebertragung von Grundstücken nach dem älteren deutschen Rechte zwei Handlungen zu unterscheiden sind: die Auflassung (traditio, Sala) und die Einkleidung in den Besitz (vestitura, Gewerï). Beide konnten unmittelbar von dem Tradenten und dem Empfänger vollzogen werden, ohne andere Unterstützung, als die hinzugezogenen Zeugen sie leisteten, bis später die nothwendige Theilnahme des Gerichts und namentlich das Friedewirken hinzukam: häufig waren aber auch noch andere Nebenpersonen bei der Vornahme jener Handlungen thätig. Dazu gehören vornämlich die fidejussores vestiturae (Werbürgen) und die saleburgiones (Salbürgen). Den Ersteren kann man nach dem Inhalt des oben (S. 20. ff.) erklärten Capitulare von Ludewig dem Frommen ihre ganz bestimmte Stelle anweisen: sie hatten die Bestimmung, wenn die Auflassung beschafft war, und die Vestitur nicht sogleich ertheilt werden konnte, den Erwerber sicher zu stellen, daß er auch die letztere gehörig erlange. Die Werbürgen wurden daher erst nach der Auflassung bestellt. — Mit ihnen darf man nicht, wie es häufig geschehen ist, die Salbürgen verwechseln, deren Name schon darauf hinweist, daß sie in einer mehr unmittelbaren Beziehung zur Auflassung standen. Es wird ihrer in der Art Erwähnung gethan, daß man zuweilen bei der Auflassung angeführt findet, sie sey beschafft worden: sub fidejussoribus, quos vulgo sa-

leburgiones vocamus [1]). Ich vermuthe, daß zwischen diesen beiden Arten der Bürgen folgender Unterschied bestanden habe. Die Vestitur war die Einkleidung in das durch die Auflassung symbolisch übertragene Recht, welches aber auch ohne sie, rechtlich betrachtet, in voller Wirksamkeit war: die Werbürgen standen daher zur Auflassung in einem bloß factischen Verhältnisse. Die Salbürgen aber mußten bei diesem Acte gegenwärtig seyn; sie sicherten denselben in seinen rechtlichen Folgen, und zwar auf eine andere Weise, als die Sollemnitätszeugen, welche noch außer ihnen dabei erwähnt werden. Dieß läßt sich nur so denken, daß sie die Garantie der Sale übernahmen, sowohl gegen den Tradenten, als auch gegen jeden Dritten, und also zum Ersatz verbunden waren, wenn aus irgend einem Grunde, z. B. weil jener nicht zur Vornahme derselben befugt gewesen war, ihre rechtliche Gültigkeit angefochten wurde. Darauf ging die Haft der Werbürgen nicht; denn wenn auch die Vestitur vollzogen war, konnte die Rechtmäßigkeit der Auflassung unter gewissen Umständen noch in Abrede gestellt werden. — Später floß die Obliegenheit beider in die der Bürgen für die Gewähr (warandia) zusammen, und ihre Unterscheidung verschwindet in den Quellen.

Diese Personen hatten bei der Auflassung indessen nur eine accessorische Bedeutung; eine ganz andere Stellung nahmen diejenigen ein, welche anstatt des Eigenthümers

---

1) S. Guden. cod. dipl. III. p. 1027. (a. 960.) — p. 1029. (a. 963.) — p. 1032. (a. 975.) — p. 1033. (a. 99...). — J. Heumann. opuscula. p. 320. — Hier kommen sie in einer Urkunde von 962. zugleich als Salmannen vor, indem es heißt: acta autem est haec traditio publice — *per fidejussores*, quos vulgariter saleburgiones vocamus —.

ein Grundstück übertrugen. Sie kommen unter sehr verschiedenen Namen vor [2]), von welchen hier der im späteren Mittelalter gebräuchliche der **Salmannen** (Salaman) gewählt ist, weil darin eine unmittelbare Beziehung auf ihre Thätigkeit liegt.

Es ist eine Frage, welche sehr in die Tiefen des deutschen Rechts hinabführt, ob es dessen Wesen angemessen gewesen sey zu gestatten, daß jemand in Folge bloßen Auftrags für den Eigenthümer die Auflassung eines Grundstückes habe beschaffen können. Zwar kommen viele Beispiele vor, welche ganz entschieden für eine bejahende Antwort zu sprechen scheinen: so übertragen, um nur eins anzuführen, in einer markulfischen Formel Eheleute sich durch die Hand des Königs gegenseitig ihr Vermögen [3]). Aber theils pflegt die Veranlassung einer solchen Vertretung ein dauerndes Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Tradenten zu seyn, wie die Kirchenvoigtei, das Mundium u. s. w.; theils ist es überhaupt ungewiß, wenn auch bloß die Uebergabe durch die Hand eines andern erwähnt wird, ob nicht derselben doch ein besonderer Act vorausging, den man nur nicht immer für nöthig hielt aufzuzeichnen. Wenn man auch zugeben will, daß unter bestimmten Umständen dem Erwerber durch Bürgschaft,

2) S. Heumann, l. c. p. 300. sqq. Während aber auf der einen Seite die advocati und defensores von Heumann ohne Grund in diese Lehre hineingebracht sind, können andrerseits die Namen noch vermehrt werden. S. Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 104. (a. 1143.). — predium — *per manum testatoris sui*, liberi cujusdam hominis, in nostram manum — delegari postulavit —. — Schannat. vind. litt. I. p. 89. — *per manum legatarii mei* — delegavi. — Die älteste Urkunde, worin ich das Wort Salmann gefunden habe, ist vom Jahre 1108. S. Schannat. l. c. p. 47.

3) Form. Marculfi I. 12.

Zustimmung der Verwandten u. s. w. für den Fall, daß nur ein simpler Mandatar die Auflassung beschafft hatte, eine hinreichende Sicherheit bestellt werden konnte; so lag doch offenbar eine bloß accessorische Stätigung nicht in dem Wesen des Geschäftes, und überhaupt scheint es der Eigenthümlichkeit des altdeutschen Rechtes nicht angemessen, daß die formlose Willenserklärung ohne reelle Beziehung auf den Grundbesitz der letzte Grund einer Uebertragung desselben gewesen sey.

Diese Ansicht wird durch ein Institut des deutschen Rechts unterstützt, welches eben von der Beschaffenheit war, daß es den vorher geäußerten Bedenklichkeiten begegnen konnte. Wer durch die Hand eines andern, der ihm sonst in dieser Beziehung rechtlich fremd war, sein Grundstück übertragen wollte, der ließ es diesem feierlich auf, und nannte entweder dabei sogleich die Person, welche nun aus der zweiten Hand die Tradition empfangen sollte, oder er gab nur im allgemeinen den Zweck des Geschäftes dahin an, daß der Empfänger später im Namen des Eigenthümers und nach seiner Anweisung die Auflassung beschaffen sollte.

Der Zweck einer solchen vorläufigen Auflassung konnte ein doppelter seyn: entweder man wollte bloß die Mittelsperson ermächtigen zu der Vollführung des gegebenen Auftrags, weil der Eigenthümer die Tradition selbst nicht wohl beschaffen konnte, z. B. wegen Abwesenheit; oder man wählte dieses Geschäft, um es zur Erreichung eines ganz andern Zwecks zu gebrauchen, welcher weit über die bloße Vertretung des Eigenthümers bei der Traditionshandlung hinausging. — Die erste Art, in der dieses Geschäft zur Anwendung gebracht wurde, ist offenbar einfacher und natürlicher als die zweite: in ihr muß man daher auch

die ursprüngliche Bedeutung desselben suchen. Denn je unmittelbarer eine rechtliche Handlung zum Ziel bringt, um so leichter mußte man auf den Gebrauch derselben hingeführt werden; je entfernter und künstlicher aber das Verhältniß der Form zum beabsichtigten Erfolg ist, um so mehr ist man berechtigt, eine spätere Ausdehnung und Entwicklung anzunehmen. Jene ursprüngliche Bedeutung des Geschäftes soll daher zuerst in kurzen Zügen festgestellt, und dann die Anwendung desselben genauer untersucht werden, welche ihm für diese Abhandlung ein besonderes Interesse giebt.

Wenn aber auch vorher wegen der Natur der Sache angenommen ist, daß jenes einfache Verhältniß das ursprüngliche war; so finden sich doch gerade für diesen Fall im älteren Recht nur sehr dürftige Andeutungen, was indessen bei der Beschaffenheit der auf uns gekommenen Quellen dem Gesagten nicht entgegen gestellt werden kann. — Eine fuldaische Urkunde vom Jahre 804. handelt von der Auflassung, welche einem Freunde ertheilt wurde, von der kein anderer Grund angegeben ist, als daß er die ihm tradirten Grundstücke weiter an ein Kloster übertrage [4]. — Interessanter ist eine Urkunde vom Jahre 910. [5], nach welcher der Erzbischoff von Mainz vor dem Könige Immobilien an zwei Grafen aufließ, damit diese sie dem Kloster Fulda übertrügen, welches zu thun sie eidlich versprachen. Die Worte des Diploms sind folgende:

4) Schannat. trad. fuld. I. No. 185. — — ego G. quicquid de propria mea hereditate in subter nominatis villulis habeam, — — totum atque integrum illud trado coram testibus in manum amici mei R., ut ille hoc cum omni integritate pro salute et remedio animae meae tradat ad sanctum Bonifacium —.

5) Sie steht in Schannat. trad. fuld. I. No. 549. und Guden. cod. dipl. I. p. 6.

— — Ego Hatto, dei gratia et misericordia dispensante mogontiacae ecclesiae archiepiscopus, regnante domno Ludewico gloriosissimo rege et residente in palatio triburensi cum reverendissimo abbate Hugge fuldensis monasterii ceterisque ejusdem monasterii fratribus et clericis, ad eorum omnium praesentiam quicquid proprietatis habui in M. marca et in V. marca et in R. marca et in G. marca et in L. marca, hoc totum in manus Gerhardi comitis et Chunradi comitis dedi, ea ratione ut cum omni integritate ad sepulchrum praetiosissimi Christi martiris Bonifatii in monasterio fuldensi contraderent, quarum rerum traditiones legitime in praesentia gloriosissimi Ludewici regis peractas deprecor et obtestor ipsum abbatem — — ut nunquam alicui hominum inbeneficientur — —. Datum palatio tribuensi coram rege Ludewico, qui et conscribi et sigillo suo insigniri jussit. — — † Signum Gebehardi et Chunradi comitum, qui easdem traditiones rerum fideli manu susceperunt et hoc coram rege juraverunt, ut eas sancto Bonifatio martiri fideliter delegarent et praecepto regio confirmarent. — † Signum D. etc. et aliorum plurimorum.

Aus dieser Urkunde, der man wegen der dabei thätigen Personen eine große Auctorität beilegen darf, ergiebt sich

1) für die Form der ersten Auflassung, daß sie nach allen Regeln einer solchen beschafft wurde, mit welcher man unmittelbar das Eigenthum übertrug (legitime peractas). Dasselbe erhellt aus andern Diplomen, welche dabei sowohl die gewöhnlichen Feierlichkeiten erwähnen, als auch namentlich den Umstand, daß die nächsten Erben ihre Einwilligung in die Veräußerung sogleich bei der

Uebertragung an die Salmannen gaben[6]), — was besonders für den Fall wichtig ist, wo diejenige Person noch nicht bestimmt war, welcher der Salmann das Grundstück auflassen sollte. Denn es nahm dann die Eigenschaft eines Gutes an, das dem Beispruchrecht der Erben nicht unterworfen war.

2) Das Wesen dieses Rechtsgeschäfts lag in dem auf den Salmann gesetzten Vertrauen (fiducia), so daß Albrecht[7]) es mit Recht unter das umfassendere Institut der getreuen Hand gestellt hat. Das eidliche Versprechen, den Auftrag zu vollziehen, konnte noch verstärkend hinzutreten, war indessen nicht wesentlich. — Aber welches Recht erhielt der Salmann an dem ihm übertragenen Grundstück? Diese Frage muß aus dem Wesen des Geschäftes, aus der Absicht, in welcher die Parteien es eingingen, beantwortet werden. Daraus ergiebt sich, daß nur die Befugniß auf ihn überging, die Sache nach Auftrag ebenso wirksam zu übertragen, als es der Eigenthümer würde gekonnt haben.

---

6) Schannat. vind. litt. I. p. 114. (a. 1114.) — Predium, quod — — Ludevicus junior vendidit, patre suo L. comite — — precipiente sibi et collaudante et cohaeredibus suis cunctisque proximis ac liberis suis in id ipsum consentientibus per omnia, ut — in manus trium virorum liberorum — ad — monasterium R. sollemni more delegandum coram testibus adnotatis contradidit —. — eod. II. p. 6. (a. 1192.) — Comes Erwinus de Tunnahe, uxore et liberis ejus animo concordi, mera et libera voluntate assensum praestantibus, XVIII. mansos cum eorum appenditiis — — duobus liberae conditionis viris tradidit B. et ejus fratri V. de E. multis coram astantibus, eos ipsorum fidei committens in hunc modum, ut juxta ejus arbitrium et mandatum simul cum ipso alicui ecclesiae quam eis denominaret, ob remedium animae ipsius conferrent. — Diese Urkunde steht auch in Guden. cod. dipl. I. p. 315. — S. noch Heumann. l. c. p. 306.

7) Gewere §. 23.

Dieses ist auch deutlich ausgesprochen in einer Urkunde vom Jahre 1123, wo das dem Salmann übertragene Recht so beschrieben wird: jus et potestatem, quam ipse habebat de dando et contradendo —, quod vulgariter "sale" vocant, eidem dedit [8]). — Bei der zweiten Auflassung konnte dann, je nachdem die Verabredung war, der Eigenthümer selbst concurriren oder nicht; der Salmann mußte aber nothwendig dabei thätig seyn, so daß die ihm zugewandte Befugniß nicht dem einseitigen Widerruf unterworfen war, sondern als sein selbständiges Recht sich darstellte. So hatte, um ein Beispiel anzuführen, jemand einem andern sein Erbe aufgetragen, um es einer Kirche zuzuwenden, wenn er selbst auf einer Reise oder im Felde umkommen sollte. Später tradirte er es aber in Abwesenheit des Salmanns einer Kirche; als dieser nun zurückgekehrt war, hielt man es für nöthig, daß die Auflassung in derselben Form und vor denselben Zeugen mit seinem Beistand wiederholt werde, — was auch geschah [9]). —

Dieses Recht des Salmanns ging, wenn er es nicht ausgeübt hatte, auf seine Erben oder deren Vertreter über, wie folgende bairische Urkunde [10]) vom Jahre 1217. außer allen Zweifel setzt.

Ego Rabodo comes palatinus et ego Heinricus dei gratia dicti comites de Orthinburg — — duximus significandum, qua conventione et quali processu praedium nostrum T. dictum cum fratribus de Walt-

---

8) S. Guden. l. c. I. p. 60. Vgl. unten §. 16. Note 15.

9) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 492. (a. 825.)

10) Abgedruckt bei Heumann. l. c. p. 302. aus: Hund, bairisch. Stammb. II. p. 25.

sassen tempore Hermanni abbatis cambivimus — —. Unde cum secundum consuetudinem praedium nostrum per manum salmanni offerendum fuisset, contigerat, ut Albertus cognomento Luzmann, qui erat salmannus, ante aliquot annos in bello occubuisset, *et filii ipsius in annos constituti vices ejus implere non possent*; unde post multam disputationem sententia principum in hoc consensit, *ut proximus puerorum vices suppleret ipsorum*, quod et fecit Conradus comes de Mosburg eorum cognatus. —

Das erfurther Stadtrecht, welches dieses Geschäft unter dem Titel: de manu fideli abhandelt, scheint hingegen die Erblichkeit des dem Salmann zustehenden Rechts zu verwerfen. Die hierher gehörige Stelle lautet[11]:

Welch man gut koufit odir mit gesamendir hant uflezit mit sinre husvrouwen eime sime frunde odir me sinen frunden — — und bevilet daz ime zu getruwer hant damite zu tunde waz he en heizit, allein jenre in der gewere sitze oder den nutz davon nehme der man der iz bevolen hat zu getruwir hant. so hat jener deme iz is bevolen zu getruwir hant ganze gewalt unde alliz recht damite zu tunde, waz he in geheizen hat. Wirt he abir nicht geheizen (waz he) damete tu. sa sal iz uffe des nestin erbin gen, der iz bevolen hat und nicht des erben deme iz bevolen wart.

Wenn man aber bedenkt, daß das genannte Stadtrecht in einer andern Beziehung diesem Institut eine ganz ungebührliche Ausdehnung beigelegt hat, indem es gestattet, das dem Salmann übertragene Gut zu frohnden, gleichsam

11) S. das erfurther Statut vom Jahre 1306. Art. 39. in Walch's vermischten Beiträgen, I. p. 115. ff.

als Object seines Vermögens, — eine Ueberschreitung des hier zum Grunde liegenden Princips, welche kaum durch die strenge Verpflichtung zur sofortigen Auslösung entschuldigt wird [12]; so erscheint es nicht unwahrscheintich, daß in jener Stelle bloß im allgemeinen der Grundsatz hat ausgesprochen werden sollen, daß das Institut der getreuen Hand auf keinen Fall einen Erwerbstitel für die Mittelsperson abgeben dürfe. Vielleicht aber liegt hier eine Abweichung vor, so daß die Sale nicht auf die Erben überging. — Jedenfalls ergiebt es sich aus der Natur des Verhältnisses, daß durch die von dem Salmann vollzogene Auflassung sein Recht erlöschen mußte; denn dann war der letzte Zweck des Geschäftes erreicht. Der neue Eigenthümer konnte einen andern Salmann bestellen, oder auch den alten beibehalten; aber im letzten Fall war ein neues Rechtsverhältniß constituirt. Eine bairische Urkunde vom Jahre 1227. ist hierüber sehr lehrreich [13].

Rapoto dei gratia palatinus comes Bawarie de Ortenberch et Chunradus comes de Wazzerburch una cum uxore sua Chunigunde. Omnibus in perpetuum. Noverint universi quod ego R. — a comite Ch. et ejus uxore pariter postulatus ut donationem castri in V. — factam pataviensi ecclesie per manum meam, presertim cum et hujus proprietatis salaman-

12) S. a. a. O. p. 116. Wirt abir der man beclagit deme gut zu getruwir hant bevolen iz, daz gut mac man ime frone. unde wirt daz gut gefronit, daz sal der entwerre der iz zu getruwer hant inne hat binnen dren virzen nachten —. tute he des nicht. so sal he ein jar rume di stat unde daz wipelde. unde in sal her in nicht kume, he en habe daz gut entworren.

13) Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 322. — Vgl. Heumann. l. c. p. 302. 322.

nus fuerim, sicut ipse comes promiserat, confirmarem in choro Patavie sub distinctione illius juris, quod vulgo „salamannesrecht" dicitur, ab ipsis ammonitus et rogatus, prenominato castro —, que per manum mei salamanni idem comes prenominate uxori sue antea contulerat, eo jure quod vulgariter „sal" dicitur, a me acepto. *licet ipse comes et ejus uxor tunc habuissent arbitrium, eandem sal conferendi cui vellent,* visum tamen quam pluribus est consultius, quod idem jus quod „sal" dicitur, in manus meas redderent, et sic secundario per manus mei iterum salamanni super altare sancti St. — pataviensi ecclesie conferrent, et robore donationis perpetue legando taliter confirmarent. quod et per me factum est.

Uebrigens nahm das Institut der Salmannen, welches ursprünglich nur in dem Interesse des Eigenthümers, in besonderen Fällen die wirksame Uebertragung seiner Güter beschaffen zu können, begründet war, im Verlauf der Zeit noch andere Beziehungen in sich auf, die alle auf den Gesichtspunkt zurückgeführt werden können, daß dem Erwerber eines Grundstücks sein Recht daran möglichst gesichert werden sollte.

1. Es wurde Sitte, Männer von Ansehn und Macht, ja sogar solche, welche dem hohen Adel angehörten, zu Salmannen zu nehmen, indem ihre persönliche Stellung die durch sie vollzogene Auflassung besonders zu sichern schien. Außer andern Urkunden zeigt dieß namentlich eine braunschweigische vom Jahre 1333., welche auch darum wichtig ist, weil sie den Gebrauch dieses Instituts in Niedersachsen darthut. Erich von Esbeck hat Holzungen verkauft,

quarum silvarum proprietas, heißt es [14]), ad me et meos heredes dinoscitur pertinere. Et quia dicti religiosi sibi magis cautum reputabant, si ill. princeps dnus meus dnus Otto dux de Brunswick, ipsis et monasterio suo silvulas proprietaret, ego proprietatem earum transtuli in principem eundem antedictum, per ipsum ulterius in eosdem religiosos donationis titulo transferendum.

Auch in Baiern kam laut einer Urkunde von 1207. ein Herzog als Salmann vor [15]):

— Idem castrum — — manu propria contulit et donavit, quam etiam donationem per manum Ludowici illustris ducis Bawariae, qui et ejusdem proprietatis est salmannus, — tenetur certissime roborare.

2. Schon früher sind Beispiele angeführt, daß die Uebertragung eines Grundstücks in die Hand des Salmanns geschah, weil der Eigenthümer nur überhaupt die Veräußerung desselben beabsichtigte, ohne jedoch sogleich denjenigen zu nennen, welcher es durch die Auflassung aus der zweiten Hand erwerben sollte. Diese Einrichtung würde in Baiern und Franken so weit ausgebildet, daß es allgemeine Sitte wurde, für bestimmte Grundstücke Salmannen zu haben, welche deren Auflassung beschaffen mußten; so daß, wenn jemand sich eine solche Mittelsperson bestellte, er vorher schwören mußte, keinen älteren

---

14) S. die braunschweigischen Anzeigen, Jahrgang 1754., Stück 16. p. 300. — Hier findet sich ein durch Heumann's Dissertation hervorgerufene Abhandlung: von Salleuten, wo noch mehre niedersächsische Urkunden, die sich darauf beziehn, angeführt sind.

15) Mon. boic. coll. nov. I. 2. p. 272.

zu haben [16]). — Dieses Institut ersetzte fast die öffentlichen Bücher über Besitzmutationen; denn es ging daraus für den Erwerber die eigenthümliche Sicherung hervor, daß er, wenn der Salmann unbedenklich die Auflassung vollzog, gewiß seyn konnte, es stehe der Gültigkeit derselben keine frühere, von dem Auctor beschaffte hindernd entgegen. — Die Thätigkeit dieser Salmannen war eine doppelte: in Nürnberg waren sie bei der Uebertragung, durch welche ihr Principal das Grundstück erwarb, als Zeugen zugegen, und erst, nachdem sie hierüber eine eidliche Aussage gethan hatten, empfingen sie für künftige Fälle vor Gericht die Sale [17]). In Baiern hießen in späterer Zeit diejenigen Grundstücke, für welche Salmannen bestellt waren: „salmanisch aigen." Hier war der tradirende Salmann der Zeuge, und zwar nicht bloß über den Erwerb, sondern auch über den fortgesetzten Besitz. Es ist darüber im Jahre 1442. von vielen Salmannen ein merkwürdiges Weisthum ausgestellt, welches hier seinen Platz finden mag [18]).

---

16) Meichelb. hist. frising. II. p. 22. (a. 1244.). — Idem etiam comes juramento suo publice declaravit, se nullum habere, qui vulgo *salman* nuncupatur, ad suprascriptam villam; proinde consensum et voluntatem domini episcopi dominum G. de S. prelegit fore conservatorem et suum constituit esse *salman* prefate ville cum adtinentiis. — Heumann. l. c. p. 303.

17) Heumann. l. c. p. 303. 304. 321. 322. — Fränkische acta erudita et curiosa, Nürnberg 1726 — 32. Sammlung 18. p. 451. ff. Sammlung 19. p. 543. ff.

18) Abgedruckt in einer Schrift, welche unter dem fingirten Titel: Unterthänig-gehorsamstes Antwortschreiben von Magister Theophilus Neumann u. s. w. Frohnhausen 1801., wahrscheinlich in dem genannten Jahre zu Mainz bei Gottfried Volmer heraus-

Hie findet man verzaichent durch ein Khundschaft, so Weil. Herzog Hainrichen durch etlich der Landtsessen geben worden ist, was Unterschidt Salmanische Aigen, so man Sallehen nennt, für andere Fürsten, Graven, Freien, Ritter und Knecht Lehen haben.

Vermörkht die Bekanntnus, so Wür hernach geschriben Salleuth gethon haben auf solch Begerung, so Unser gnädiger Herr Herzog Hainrich ꝛc. an Uns begehrt und bringen hat lassen, ob Salmanische Aigen und Lehen ains oder zwei dïng seyn. auf das haben Wür all aintrechtigleichen bekennt, also Wür dasselb gedenkhen und wissen, und auch von Unsern Vorvodern gehört haben, und sprechen, das Lehen und Salmanische Aigen zwei seyn, und seye darunter ein großer Unterschaid, wan Lehen seyn für sich selbs, als all Herrn, Fürsten, Graven, Ritter und Knecht haben. Aber Salmanische Lehen Aigen sey ain solch Guett, das besser sey, dan anders Freis Aigen, wan Man habs von je und je gesaalt von einem pauren, der dan Salman gewesen seye, als zu ainer Bestättung der gewehrschaft, und wan ainer ain Salmanisch Aigen in der gewehr gehabt hab jahr und Tag, so hab er sein gewehr durch sessen, und weder ander Brief noch Sigill darumb bedurfft. die Bekanntnus haben gethan die Edlen, Weisen und Vesten Herrn (folgen die Unterschriften sechszehn Adeliger). Es haben auch die obgenannte Bekanntnus mit sambt Uns obgenanten gethon auf Sechs= und zwainzig Erbar Burger

---

gekommen ist, und die ständischen Privilegien in Baiern betrifft. S. daselbst S. 247 — 50.

von Stätten und Märkhten, alſ von Braunau, Burghausen, Riedt, Pfarrkürchen und Eggenfeldten, und auf Sechszig der Eltiſten und peſten Landſäßen auſ der Paurſchafft auſ den Landgerichtern Weilhardt, Rottal, Julpach und Riedt. und daſ zur Urkhundt u. ſ. w. das iſt geſchehen am Sonntag vor Sanct Ulrichstag, als Man zehlt nach Chriſti Geburtt Tauſent Vierhundert und darnach in dem zwei und vierzigiſten Jahr.

Die Ungewißheit über den Unterſchied zwiſchen Lehen und salmanniſch Eigen mochte daraus entſtanden ſeyn, daß auch Lehngüter durch die Hand eines andern (des Herrn) übertragen werden mußten. Nannte man das ſalmanniſche Eigen doch ſogar Sallehen! — Die Erklärung: „Lehn ſeye für ſich ſelbs", ſoll wohl heißen: Lehen ſey eine ganz eigenthümliche Güterart, dem Eigen entgegenſtehend. — Der „paur" als Salmann kann hier nicht in der Bedeutung von rusticus ſtehen [19]), weil ja auch laut dieſes Weisthums Adelige und Bürger Salmannen waren; das Wort muß in einer allgemeineren Bedeutung auch dieſe umfaſſen, und ſo gebraucht ſeyn, wie zu Anfang der Urkunde: Landtſeſſen.

3. Zuweilen liegt den Salmannen, welche dann auch conservatores genannt werden, die Verpflichtung ob, das ihnen übergebene Immobile zu beſchützen und zu vertreten, ſo daß ſie faſt die Stelle eines Voigtes einneh-

19) Wie Albrecht, Gewere S. 252. meint, der übrigens über dieſe Urkunde zu vergleichen iſt. — Zepernick's Abhandlungen aus dem Lehnrecht, in deren zweitem Theil eine Erörterung von Lipowsky über das ſalmanniſche Eigen ſteht (ſ. Albrecht a. a. O.), ſind mir nicht zur Hand geweſen.

men. So heißt es in einer bairischen Urkunde vom Jahre 1244.[20]):

— In loco venditionis protestatus est idem episcopus, quod si forte ipse intestatus decesserit, quod prenominatus T. sepe dictam villam ad usus ecclesie beatae virginis *tamquam verus salman conservabit simul et defendet.*

---

20) Meichelb. hist. frising. II. p. 22. — Vgl. oben Note 16. — Heumann. l. c. p. 313. sqq.

§. 16.

Von den Vergabungen durch Salmannen. (Fortsetzung.)

B. Von den Salmannen als Vermittlern der Vergabungen von Todes wegen.

Der Zweck derjenigen Geschäfte, durch welche im älteren deutschen Recht eine Vergabung von Todes wegen beschafft werden konnte, ging darauf aus, daß jemand einem andern Güter zuwenden wollte, ohne selbst für seine Lebenszeit den vollen Genuß derselben zu entbehren. Im vorigen Abschnitt ist gezeigt worden, wie dieses durch die Auflassung von Grundstücken an den Bedachten erreicht wurde; das Institut der Salmannen gab eine andere Form her, wodurch man zu demselben Ziele gelangte. Es wurde jemandem nämlich ein Grundstück aufgelassen mit dem Auftrage, dasselbe an einen Dritten zu übertragen, und der Zeitpunkt, wo dieses geschehen sollte, so bestimmt, daß er erst nach dem Tode desjenigen eintrat, welcher die Zuwendung machen wollte. Weil nun bei der ersten Auflassung schon alle Bedingungen erfüllt werden konnten, die von Seiten des Eigenthümers nöthig waren, um ein Grundstück rechtsgültig zu veräußern, und durch die Wahl der Mittelsperson nur der Act aufgeschoben wurde, welcher die volle Wirkung der Uebertragung nach sich zog; so ist eigentlich gar kein weiterer Beweis nöthig, um das angegebene Geschäft als eine Form der Uebertragung von Todes wegen darzustellen, welche dem Wesen des deutschen Rechts für diese Lehre vollkommen entsprach. Die Quellen gestatten aber auch für diese besondere Anwendung der Salmannen eine eigenthümliche Entwicklung.

Nach dem Rechte der Salfranken wurde die Affatomie so vollzogen, daß eine Person vor Gericht die Auflassung empfing, um sie nach zwölf Monaten demjenigen wieder zu ertheilen, welchem die Vergabung eigentlich zu Gute kommen sollte [1]). Hier sind beide Formen der Vergabungen von Todes wegen durch einander geworfen: der Salmann ist thätig; aber auch die eigenthümliche Stellung einer Uebertragung von Todes wegen durch die Auflassung an den Bedachten konnte eintreten, wenn derjenige, von welchem die erste Auflassung und also überhaupt die Zuwendung ausging, auch noch den zweiten Act überlebte.

Später und zwar schon aus dem neunten Jahrhundert kommen viele Beispiele vor von Vergabungen, die nach dem Tode des Eigenthümers durch Salmannen beschafft sind, und zwar in fränkischen [2]), bairischen [3]) und alemannischen Urkunden [4]).

---

1) S. oben §. 7.

2) Schannat. trad. fuld. I. No. 202. (a. 806.) Ego — M. dono atque trado in elemosinam H. traditumque in perpetuum esse volo, quicquid ille adhuc vivens mihi tradidit ad tradendum ad monasterium —. — eod. No. 499. (a. 866.) — Ego N. trado — — quicquid mihi quondam dominus meus H. comes manu potestativa meae fidei tradendo commendavit ad tradendum sancto martyri —.

3) Meichelb. hist. frising. I. pars instr. No. 287. (a. 811.) De traditione, quam fecit D. ad R. tradidit enim ad domum S. M. territorium F. fratris sui, eo quod ipse F. defunctus est, — — propterea quod jam dictus F. adhuc vivens ipsum territorium tradidit in manus fratris sui, ut ipse jam dictum territorium tradidisset ad domum S. M. — eod. No. 300. (c. a. 816.) — No. 321. (c. a. 816.)

4) Neugart. cod. dipl. Alem. I. No. 391. (a. 860.) Dum pluribus constat, qualiter P. omnem suam hereditatem, dum adhuc viveret, manu potestativa in manus etiam nostras — tradidit atque

Diese Anwendung der Salmannen blieb fortwährend in Gebrauch. Ein interessanter Beleg dafür ist folgendes Urtheil der magdeburgischen Schöffen [5]):

Eine frawe ist komen in gehegith dingk und hot ir gut gegebin — und hot iren bruder czu vormunde gekorn di gabe zcu volbrengin. — Alzo di genante frawe die gobe gethon hotte, do nam si einen man czu der ehe und starb. dornoch quam derselbe man vor gehegit ding und frogete orteils, sint dem mol her gesessin hatte mit seinir frawen in erem gute und vollim rechte und darinne bestorben were, ab her der frawen recht behaldin und ir fulgin sulde, adir was recht were an farnde habe. do wedir sprach der totin frawen brudir: Ich froge in eime rechtin orteil, ap icht das gut mit merem rechte an mich gestorben sey, sint si mir is recht und redelichin in gehegetem ding mit allir vormundeschafft uffgericht und uffgegebin hoth, ee denn si sein weip wart.

(Urtheil.) Was der man seinir frawen farnder habe diweile si lebete in seiner were nam und hatte, di sal her behaldin, sundir das czu der gerade gehorit. abir stand erbe adir andir gut das bowssin des mannis weren bestorbin ist, das gehorit der frawen brudir in der weizze, als si im das vor richter und vor scheppin gegebin und befolin hoth v. r. w.

Der Zusammenhang zeigt, daß die Uebertragung von To-

delegavit —, quatenus nos in sua vice easdem res — ad monasterium — tradissemus — nunc — tradimus — sicut et ille adhuc vivens petiit —.

5) Schöffenurth. in (Böhme's) dipl. Beiträgen VI. p. 133. 1.

des wegen geschah; auch ist es außer allem Zweifel, daß die Mittelsperson, welche wir im allgemeinen als Salmann bezeichnet haben, hier als Vormund erscheint, welcher Name, früher nicht bloß dem Familienrecht angehörend [6]), an dieser Stelle gar nicht unangemessen ist. — Auch das Stadtrecht von Salfeld kennt die Anwendung der getreuen Hand zum Zweck einer Vergabung von Todes wegen. Der Art. 168., welcher „von sterbene eines mannes" überschrieben ist, schließt, wie folgt:

> lest ouch der man einre sinre frunde daz verlente gut lin zcu getruwer hant, sinre husfrouwen und sin tochtere vor zcu haldene, wanne en di frouwe mit iren tochtere mant daz herz en ufflaze, daz sal her en nicht vorsage. mant en abir die tochtere nach irre muter tode her sal iz en nicht vorsage [7]).

---

6) S. Haltaus p. 1994. — Umgekehrt heißen auch die Vormünder: Salleute; s. z. B. das freiburger Stadtrecht von 1120. in der deutschen Uebersetzung von 1275. bei H. Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg S. 80., wo der alte Text (a. a. O. S. 12.): Si quis in extremis positus liberos suos alicui commiserit etc., übertragen ist: Swer sinen kinden sallût sezzit u. s. w. Das Wort ist hier wohl nur in der allgemeinen Bedeutung von Treuhänder gebraucht, wie die Vormünder auch genannt werden, (s. Orth's Anmerkungen zur frankf. Reformation, zweite Forts. p. 217. 671.); wenn man nicht etwa annehmen will, daß auch den Vormündern als Conservatoren (s. oben §. 15. Note 20.) zuweilen das Gut ihrer Schutzbefohlenen aufgelassen sey. Dafür könnte allerdings folgende Urkunde in den braunschweigsch. Anzeigen, Jahrg. 1754, St. 16. S. 304. zu sprechen scheinen: „A. 1332. heft Hedewich ghekoren hern Jane den pernern to einem vormunden unn Salmanne eres huses unn eres gudes unn all eres inghedomes, dat se heft; wat he dar mede deit, dat scal stede unn ganz wesen, alse icht dat se silven bidde." — Aber Vormund steht hier wohl nicht in der Bedeutung von Tutor oder Curator.

7) S. Walch's vermischte Beiträge I. S. 55.

Das Rechtsverhältniß, welches aus einer Uebertragung an Salmannen zu dem vorher genannten Zweck entstand, muß wohl unterschieden werden von dem Fall, wo jemand seine Verwandten auf dem Todbette bat, nach seinem Tode in seinem Namen eine Vergabung zu vollziehen [8]. Die Erfüllung einer solchen Bitte hing lediglich von dem guten Willen der Verwandten ab [9], während die Thätigkeit der Salmannen mehr als die Folge einer rechtlichen Verpflichtung erscheint. — In wiefern formelle Ehrlosigkeit die Folge von dem Bruche dieses Verhältnisses gewesen sey, welches vorzugsweise auf dem Vertrauen beruhte, dessen strenge Bewahrung stets in den Kreis stiller Ehrenpflichten gehörte, ist bei dem Schweigen der Quellen nicht zu bestimmen. Man möchte denn in folgender Urkunde [10] infamia so verstehen, ein Wort, welches hier aber allgemein auch Schmach und Schande bedeuten kann: denn diese trafen gewiß den treulosen Salmann.

---

8) Schannat. trad. fuld. I. No. 641. (c. a. 1150.) — R. — cum infirmitate et languore gravi usque ad mortem se detineri persensisset, vocavit ad se filios suos et fratrem W. caeterosque cognatos et amicos et — — *rogavit eos obnixius et diligentius*, ut partem praediorum suorum — ad altare S. B. — — delegarent atque contraderent. — illi autem haec audientes fecerunt sicut erant docti.

9) Schannat. vind. litt. I. p. 49. — W. quidam, liber homo de A. juxta vitae suae terminum ab uxore sua G. fideliter expetivit, ut praedium suum, quod in eadem villa ipse habuerat, B. M. — pro remedio animae suae donaret, — *quam scilicet mariti petitionem ipsa non solum devotissima implere curavit*, sed et alia bona hereditario sibi jure propria — per manum H. liberi hominis de C. libera et absoluta donatione contradidit, quatenus post vitae suae terminum haec in usus cedant fratrum. —

10) Schannat. trad. fuld. I. Nr. 486. (a. 857.)

Quicunque hominum pro amico suo aliquid spoponderit, et in suam fidem acceperit, in quacumque sit re, justum et congruum reor fore, hoc perficiendo explere, *si apud homines infamiam et coram deo vult periculum declinare.* quam ergo infamiam apud homines et hoc periculum coram summo deo ego Ch. cupiens devitare, trado — — de illa etiam hereditate, quam V. meae fidei tradendo commendavit etc.

Ohne Zweifel hatte auch sein Mandant, der Eigenthümer, eine Klage gegen den Treulosen; bedenklicher aber ist, ob man sie auch demjenigen zusprechen darf, welchem die Zuwendung eigentlich bestimmt war. Abgesehen von der gemeinrechtlichen Bedeutung einer Actio, glaube ich allerdings, daß der Beweis des durch die Auflassung bestärkten Auftrags den gerichtlichen Zwang zur Folge hatte, wenn nicht die freiwillige Vollführung desselben dem öffentlichen Unwillen zuvorkam, was regelmäßig der Fall gewesen seyn wird. Zu diesem Resultat muß man wohl schon darum gelangen, weil ohne einen solchen Zwang dem Freigebigen gar keine rechtliche Garantie gegeben wäre, daß nach seinem Tode die beabsichtigte Zuwendung auch wirklich vollzogen würde. Denn das Recht, welches ihm an den Gütern geblieben, konnte nicht auf seine Erben übergehen, weil alles Erforderliche beschafft war, um die vorläufig bedingte Veräußerung durch seinen Tod zur unbedingten zu machen, so daß nichts mehr da war, was in den Erbgang hätte kommen können. Aber wenn man auch die Erben in sein Recht vorläufig succediren lassen wollte, so läge darin wiederum kein Grund, die Vollführung seiner Absicht für gesicherter zu halten, weil es eben in deren Interesse lag, daß der Salmann wo möglich seine Pflicht nicht erfüllte. — Es fehlt auch nicht an Beispielen,

daß auf den gerichtlichen Antrag des Bedachten nach dem Tode des Schenkers die in die Hand eines Dritten gelegte Auflassung vollzogen wurde. So ging der Bischof von Freisingen Anno 814. ins Grafending, und mahnte die zögernden Salmannen, die von dem verstorbenen Eigenthümer ihnen anvertraute Tradition zu vollziehen, welche sie auch, ihre Schuld eingestehend, eiligst beschafften[11]).

Noch ist die Frage zu beantworten, was aus der Vergabung wurde, wenn der Salmann starb, bevor er die ihm übertragene Auflassung vollführt hatte. Im allgemeinen wird hier die Regel ausgereicht haben, welche oben (S. 15. Note 10.) angenommen ist, daß nämlich die nicht vollzogene Sale auf die Erben des Salmanns überging. Doch konnte man sich auch dadurch sichern, daß mehre Salmannen bestellt wurden, von denen jeder einzeln die Tradition rechtsgültig sollte beschaffen können. Daß dieß nicht ungewöhnlich war, lehrt folgende Urkunde[12]).

Cunctis Christi fidelibus volumus esse notum, H. de S. — cum esset sine liberis, nos fratres — sibi fecisse haeredes. iste cum ob spem vitae aeternae ad sepulchrum domini iter dirigeret, bona sua, quae ei proprietatis jure cesserant in S. et N. et M. in manum C. de N. et B. de N., S. quoque de W. multis praesentibus ea ratione alligavit, ut si a coepto itinere ulterius non rediret, eadem bona sua ad altare S. B. — delegarent, *et si quis eorum trium prior de morte illius certus efficeretur, statim et aliis nescientibus delegaret, et alii hoc factum pro rato ducerent.* — — Igitur ut finem

---

11) S. Meichelb. l. c. I. No. 308. — Vgl. bei Ducange s. v. mediatores die bairische Urkunde vom Jahre 1162.

12) Schannat. trad. fuld. I. No. 636. (c. a. 1145.)

illius vitae S. percepit, quod fide promisit et manu percepit, ad altare — delegavit.

Es ist mir sehr wahrscheinlich, daß aus diesem Gebrauche der Salmannen bei den Vergabungen von Todes wegen das Institut der Testamentsexecutoren hervorgegangen ist, welche im späteren Mittelalter unter den Namen Manufideles, Treuhänder, Testamentarien, Vormünder so häufig vorkommen. — Das römische Recht kennt nur in einzelnen Fällen, z. B. bei den Vermächtnissen, die zum Loskaufen der Kriegsgefangenen ausgesetzt sind [13]), und bei den im Testament hinterlassenen Alimenten [14]), die Einrichtung, daß der Testator einen andern, als den Erben, zur Vollführung derselben ernennt. Aus diesen einzelnen Bestimmungen kann die Form der Testamente nicht hergeleitet werden, welche man als die im Mittelalter vorherrschende bezeichnen darf; deren Wesen darin bestand, daß gewissen Personen die Ausführung der letztwilligen Verfügungen übertragen wurde, so daß durch ihre Hand die Vertheilung an die Bedachten geschah. Außerdem pflegte mit dieser Obliegenheit für sie der Auftrag verbunden zu seyn, die Forderungen des Erblassers einzutreiben, seine Schulden zu bezahlen, — kurz alle diejenigen Geschäfte vorzunehmen, welche der Heres des römischen Rechts als Repräsentant des Erblassers vollzog.

Im canonischen Rechte ist die rechtliche Stellung der Testamentsexecutoren ganz als Mandat aufgefaßt worden.

---

13) c. 28. §. 1. C. de episcopis et clericis. — Nov. 131. c. 11.

14) l. 3. l. 9. pr D. de alimentis. — Vgl. Cujacius ad l. 107. D. de leg. I. (ad Africanum tract. II. in opp. tom. I. p. 1308. edit. Paris.)

cap. 19. X. de testamentis. Joannes clericus et P. laicus exsequutores ultimae voluntatis O. clerici S. Crucis, qui venerabilibus et piis locis de bonis suis in ultima voluntate legavit, mandans insuper, satisfieri creditoribus per eosdem, post mandatum susceptum per dioecesanum cogi debent, testatoris explere ultimam voluntatem.

Auch liegt diese Ansicht dem späteren Recht regelmäßig zum Grunde; aber damit ist noch nicht die auffallende Erscheinung erklärt, daß gewissermaaßen die Angel des römischen Testaments, die Einsetzung eines Erben, durch den simplen Auftrag an eine dritte Person ersetzt wurde. Ein solches Surrogat für den römischen Testamentserben zu gewinnen war aber darum ein Bedürfniß, weil die letztwilligen Dispositionen im Mittelalter durchweg nur aus einem Aggregat einzelner Vermächtnisse bestanden, für deren Vollziehung der Heres institutus fehlte, während die Intestaterben häufig genug dazu nicht geneigt seyn mochten. Sah man sich nun nach einem Hülfsmittel um, so konnte es leicht in die Augen fallen, wie man nach dem einheimischen Rechte die Salmannen zur Vermittlung der Vergabungen von Todes wegen benutzte; und der Versuch lag nahe, sie auch dem fremden Institute dienstbar zu machen.

Um den Entwicklungsgang anzudeuten, will ich zuvörderst auf eine Urkunde aufmerksam machen, nach welcher ein Salmann mit der ursprünglich einseitigen Befugniß zur Tradition bestellt, und doch zugleich benutzt wurde, um durch ihn die Vollführung anderweitiger Anordnungen, nämlich die von Seelgeräthen, welche regelmäßig im Testament hinterlassen zu werden pflegten, zu sichern. Der

Fall ist dieser [15]): jemand hatte ein Kloster gestiftet; bevor aber noch Alles angeordnet war:

integer viribus et totus adhuc sanus et incolumis providit, ut bona ejus intentio ad bonum finem procederet; advocatoque de militibus suis — jus et potestatem quam ipse habebat de dando et contradendo cenobio, quod vulgariter „sale" vocant, eidem — dedit, fidei sue committens, ut communicato consilio cum uxore sua et abbate et ministerialibus ad locum pertinentibus, si forte ipse de subito non esset, omnes pariter hoc inde providerent, quod ipse pro remedio anime sue et parentum suorum in eodem loco deo obtulerat, ne in posterum periret. —

In einer andern Urkunde, auch wegen ihres für diese Lehre hohen Alters interessant, ist die Stellung der Executoren noch bestimmter angegeben [16]).

— ego — H. quoddam predium in P. atque omne predium meum in W. — istis hominibus — *in populari placito* multis et urbanis et villanis reverendis viris astantibus et sedentibus, nemine resistente ac contradicente, sed laudantibus omnibus *in fidelem manum commendavi*, in hec scilicet verba, ut quando ego viam universe carnis ingrederer, prepositus S. et frater meus S. si me supervixissent, et post obitum illorum reliqui propinqui mei, qui hereditario jure proximi mihi superessent, ipsi de prefato predio quotannis singulis mensibus atque anniversariis obitus mei diebus fratribus — — XX. panes et XXX. denariorum precium in carne aut piscibus nec non et vini

15) Guden. cod. dipl. I. p. 60. (a. 1123.)
16) l. c. III. p. 1037. (a. 1028.)

hamam unam in servicium rependerent. Si autem a prefatis duobus S. sive reliquis propinquis aliqua negligencia in tanta elemosinarum donatione eveniret, *fidelis manus secundum predictam constitutionem pleniter adimpleret.* — — Illud etiam nihilominus latere desidero, qualiter eadem constitutione prefatis IV. hominibus priorem fidelem manum accipientibus vineam unam — in fidelem manum statui, unde in singulis noctibus per omnes annos — — lumen offerrent. (Folgt eine Bannformel, das Siegel einer Stadt und das Verzeichniß der Anwesenden).

Nach dieser Stelle wurde die Auflassung gewissen Personen an Immobilien ertheilt, damit diejenigen, welche sie empfingen, die Güter an sich ziehen, und gewisse fromme Vergabungen erfüllen sollten, — auf den Fall, daß nach dem Tode des Tradenten dessen Erben sie versäumten. Die Auflassung wurde also als die Form angewandt, um die Executoren letztwilliger Verfügungen zu bestellen. Folgende Urkunde, das Testament eines Herrn von Hanau, welches er, seiner Sinne und seines Leibes mächtig,, mit Einwilligung seiner Gemahlin gemacht hat, zeigt deutlicher den innern Zusammenhang dieses Rechtsverhältnisses [17]):

Ad predicti testamenti seu legati celeriorem executionem discretos viros — — pro manufidelibus nostris legitimis eligimus et statuimus. *Ponentes et ex nunc resignantes in manus ipsorum bona nostra omnia in villis S. et M. sita*, ut fructus et proventus illorum tollant, percipiant atque vendant, tamdiu, quousque predicta legata omnia et singula ordine quo supra fuerint plenarie expedita. Postquam vero hoc factum fuerit,

17) l. c. III. p. 213. (a. 1323.)

predicti manufideles fructus bonorum pred. per duos annos continuo subsequentes nihilominus percipient atque tollent, ut si aliqui claris et notoriis documentis nos ipsos dampnificasse docuerint, ipsis satisfiat, prout si valor eorundemque fructuum extendere poterit equa lance.

Die Grundstücke sind den Treuhändern von dem Disponenten aufgelassen, damit sie — natürlich nach seinem Tode — von den Früchten und Einkünften derselben zuerst die Seelgeräthe berichtigen, und dann noch mit dem zweijährigen Ertrage die etwaigen Schulden bezahlen könnten.

Wenn man diese Stellen mit denjenigen Testamenten zusammen hält, deren Vollziehung schlechthin in die Hand dritter Personen gelegt ist; so zeigt sich hauptsächlich nur der Unterschied, daß im letzten Fall die Auflassung fehlte: die simple Willenserklärung mit der entsprechenden Annahme der Executoren genügte zu deren Bestellung. Diese Formlosigkeit schrieb sich wohl von der Einwirkung des fremden Rechts her, welches das deutsche Institut benutzte, aber nach seinem Bedürfnisse modificirte. Daraus erklärt sich auch, daß ein Testament mit Executoren dem einseitigen Widerruf ebenso unterworfen war, wie jede andere letztwillige Disposition [18]). Für die Ableitung jener Executoren von den Salmannen, wobei das leitende Princip in dem Institut der getreuen Hand zu suchen ist, spricht aber im allgemeinen noch der Umstand, daß beide Ausdrücke synonym gebraucht werden. So heißt es z. B. in einer bei Haltaus p. 1587. angezogenen Urkunde vom Jahre 1367.: executoribus ultimae voluntatis seu salmannis.

18) Guden. II. p. 150. (a. 1264.) — III. p. 402. (a. 1356.) — p. 473. (a. 1367.)

[library stamp]

Druckfehler.

S. 25.	Z. 7.	statt:	Ansichten nehmen	lies:	Ansicht einnehmen
— 36.	Note 40.	—	goldastinischen	—	goldastischen
— 38.	Note 46.	—	Phillip	—	Phillips
— 48.	Z. 24.	—	eisrig	—	eifrig
— 67.	— 26.	—	aus	—	auf
— 101.	— 1.	vor	quantum	—	nisi
— 112.	Note 14.	statt:	ließ gewist	—	liest gewiß
— 135.	Z. 15. muß der erste Gedankenstrich fehlen.				
— 172.	— 21.	statt:	goldastinischen	lies:	goldastischen
— 188.	Note 6.	—	Note 47.	—	Note 46.
— 201.	Z. 3.	—	ein	—	einen
— 223.	Note 2. muß das Comma vor neque stehen.				

Druckfehler.

S. 25. Z. 7. statt: Aufsuchen erheben lies: [illegible]
— 36. Note 40. — [illegible] — [illegible]
— 38. Note 46. — Weltlich — Weltliche
— 48. Z. 24. — [illegible] — [illegible]
— 67. — 26. — [illegible] — [illegible]
— 101. — 1. — nor quantum — nisi
— 112. Note 14. statt: das gesetz lies: [illegible]
— 135. Z. 13. muß der erste Gedankenstrich fehlen.
— 172. — 21. statt: [illegible] lies: [illegible]
— 188. Note 6. — Note 47. — Note 48.
— 201. Z. 3. — [illegible] — [illegible]
— 223. Note 2. muß das Comma vor neque stehen.

Buc
CHR.
M

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Beseler, Georg,

Die Lehre von den Erbverträgen

Bd.: 1

Göttingen 1835

J.germ. 10 r-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550659-7